DAS WIEDERKEHR-SCHULDVERHÄLTNIS

EIN BEITRAG ZU DER LEHRE VON DEN DAUERSCHULDVERHÄLTNISSEN

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG
DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
ZU MARBURG

VORGELEGT VON
HEINZ LENZ
GERICHTSREFERENDAR
AUS WIESBADEN

MARBURG 1930

DRUCKEREI DER WIESBADENER ZEITUNG, WIESBADEN

Angenommen am 18. Dezember 1929
Berichterstatter: Geh.-Rat Prof. Dr. Manigk

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

MEINER LIEBEN MUTTER GEWIDMET

LITERATUR-VERZEICHNIS

Biermann, „Rechtszwang zum Kontrahieren", in „Iherings Jahrbücher" Bd. 32, S. 267 ff.

Caesar, in „Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen", Jahrgang 1910, Bd. 19, S. 34.

„ in „Jahrbuch des Deutschen Rechts" Nr. 9, S. 134, Nr. 4.

Dassel, „Verpflichtung von Elektrizitätsgesellschaften (Ueberlandzentralen) zum Vertragsschluß", in „Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand", Jahrgang 1911, Sp. 436 ff.

Enneccerus, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts", 6.—8. Auflage, Marburg 1911, Bd. I und II.

Gierke, „Dauernde Schuldverhältnisse , in „Iherings Jahrbücher" Bd. 64, S. 355 ff.

Hueck, „Der Sukzessivlieferungsvertrag", München-Berlin-Leipzig 1918.

Jaeger, „Kommentar zur Konkursordnung", 5. Auflage, Berlin 1914.

„ „Verträge auf Lieferung von Gas, Wasser und Elektrizität aus städtischen Werken", in „Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht", Jahrgang 1912, Sp. 286 ff.

Josef, „Gas-, Wasser- und Elektrizitätslieferungsverträge im Konkurs des Abnehmers", in „Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht", Jahrgang 1914, Sp. 1706 ff.

Leonhard, Franz, „Allgem. Schuldrecht d. BGB.", München-Leizig 1929.

Mentzel, „Kommentar zur Reichskonkursordnung", Mannheim-Berlin-Leipzig 1926.

Müller, „Der Sukzessivlieferungsvertrag", in „Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts", Bd. 50, S. 508 ff.

Neff, „Die Rechtsstellung der Monopolbetriebe bei Konkurs des Abnehmers", in „Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht", Jahrgang 1927, Sp. 1089 ff.

Niessen, „Die privatrechtliche Stellung der Elektrizität und der Elektrizitätslieferungsvertrag", Berlin 1925.

Nipperdey, „Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag", Jena 1920.

v. Sarwey-Bossert, „Die Konkurordnung für das Deutsche Reich", 4. Auflage, Berlin 1901.

Schwagmeier, „Die Rechtslage des Elektrizitätswerkes im Konkurs des Abnehmers", in „Elektrizitätswirtschaft", Jahrgang 1926, Nr. 401, St. 43 ff.

Staub, „Kommentar zum Handelsgesetzbuch", 12 und 13. Auflage, Berlin-Leipzig 1927.

Staudinger, „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz", 9. Auflage, München-Berlin-Leipzig 1925.

Theißig, „Die Stellung der Gas-, Elektrizitäts- und Wasserwerke im Konkurs des Abnehmers", in „Wasser und Gas", Jahrgang 1926, Nr. 5, Sp. 256 ff.

Weiberg, „Die Stellung der Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke bei Konkurs und Geschäftsaufsicht von Abnehmern", in „Das Gas- und Wasserfach", Jahrgang 1926, Nr. 24, S. 499 ff.

Witthoff, „Ein Beitrag zur Lehre von der Gefahr beim Kauf", in „Deutsche Juristen-Zeitung", Jahrgang 1903, S. 149 ff.

Wolff, „Die Konkursordnung", 2. Auflage, Berlin-Leipzig 1921.

Zencke, „Der Gaslieferungsvertrag nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches", Borna, Leipzig 1907, Dissertation.

„ in „Jahrbuch des Deutschen Rechtes", Nr. 7. S. 259, Nr. 9.

Die herangezogenen Gerichtsentscheidungen sind bei den Anmerkungen im Zusammenhang mit dem Texte angeführt.

DISPOSITION

A. Einleitung:

Die unzulängliche Regelung der Dauerschuldverhältnisse im Gesetz und die Ergänzung durch Schrifttum und Rechtsprechung.

B. Hauptteil:

Sukzessivlieferungsvertrag und Wiederkehrschuldverhältnis.

I. Der Sukzessivlieferungsvertrag und seine Anwendbarkeit bei den Dauerlieferungsgeschäften.

a) Die Bestimmbarkeit des Lieferungsgegenstandes und der Lieferungsdauer.

b) Sukzessivlieferungsvertrag und Kontrahierungszwang eines Monopolbesitzers im Konkurse des Abnehmers.

II. Das Wiederkehrschuldverhältnis und die Widerlegung der gegen sein Bestehen vorgebrachten Gründe, von

a) Theißig,
b) Hueck,
c) Niessen,
d) Weiberg,

III. Die innere Gestaltung des Wiederkehrschuldverhältnisses.

a) Die Abgrenzung der Einzelverträge allgemein bei dem Wiederkehrschuldverhältnis.

b) Die Abgrenzung der Einzelverträge bei den Zuleitungsverträgen.

C. Schluß:

Wiederkehrschuldverhältnis und Kontrahierungszwang eines Monopolbesitzers im Konkurse des Abnehmers.

EINLEITUNG

Gesetze sind geschaffen, um die Rechtsbeziehungen der Menschen zueinander zu regeln. Betrachtet man die Vorgänge im menschlichen Leben und vergleicht sie mit den vorhandenen Gesetzen, so findet man — soweit natürlich nur die Kulturstaaten in Betracht kommen — für den größten Teil eine Unterlage in den Gesetzbüchern, auf der aufbauend die rechtliche Bedeutung des Handelns und seine Wirkungen festgestellt werden können.

Bei der Vielgestaltigkeit des menschlichen Lebens war es aber keinem Gesetzgeber möglich, für jeden auftretenden Fall genaue Vorschriften zu geben. So enthält auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, soweit es die vertraglichen Beziehungen betrifft, keine erschöpfende Regelung. Der Gesetzgeber hat vielmehr den Einzelpersonen freie Hand gelassen in der Gestaltung ihrer vertraglichen Rechtsverhältnisse und hat nur für die im allgemeinen Leben am häufigsten vorkommenden Verträge anleitende Vorschriften geschaffen, deren Wirksamkeit dennoch durch die Willkür der Menschen beseitigt werden kann. Durch ein Zusammenfassen der einzelnen Vertragsarten, was durch die gewährleistete Vertragsfreiheit möglich ist, kann man jedem Einzelvertrage mittels gesetzlicher Bestimmungen gerecht werden, mag das Ergebnis der Vereinigung eine „Vertragsverbindung mit gegen- oder einseitiger Abhängigkeit" oder ein „typischer Vertrag mit untergeordneter andersartiger Leistung" sein[1]). Und doch enthält dieser Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches Lücken, die auch anderweit nicht beseitigt sind. Wie man vergeblich nach allgemeinen Bestimmungen über einen Vorvertrag sucht[2]), so wenig findet man mit Ausnahme der Vorschriften über die Miete und Pacht eine ausgiebige gesetzliche Regelung für die sogenannten „Dauerschuldverhältnisse", das sind Schuldverhältnisse, bei denen sich die Pflicht zu gleichartigen Leistungen und Gegenleistungen auf eine größere Zeitspanne erstreckt.

Hier haben nun, um einem dringenden Rechtsbedürfnisse abzuhelfen, Rechtsprechung und Schrifttum Rechtsbegriffe herausgebildet, die, wenn auch nicht unbestritten, durch Anpassung und Gleichstellung dieser Vertragsarten an die gesetzlich geregelten Vertragsverhältnisse die bestehenden Lücken zum Teil ausfüllen. So gelangte man für Lieferungsgeschäfte, bei denen Leistungen und Gegenleistungen in einzelnen Raten erfolgen, zur Anerkennung des Sukzessivlieferungsvertrages, eines zweiseitigen Schuldverhältnisses, das auf Lieferung gattungsmäßig bestimmter Waren in bestimmten oder bestimmbaren Mengen und Lieferungszeiten zu einem festgesetzten Einheitspreise abzielt[3]). Streit herrscht dabei noch über die Frage, in welcher Weise die Gegenleistung, d. h. die Zahlung des Kaufpreises zu erbringen ist, ob für jede einzelne Lieferung gesondert oder auch summenmäßig. Müller[4]) verlangt die jedesmalige Bezahlung einer Rate, die herrschende

---

1) Vgl. Enneccerus, Bd. I, 2 § 323 S. 294, 299.

2) Im Oesterr. allgem. bürgerl. Gesetzbuch ist z. B. in § 936 eine solche Bestimmung gegeben.

3) Vgl. Enneccerus, Bd. I, 2 § 324, II, 2; Staub, Anm. 135 zu § 374; Caesar in Holdh. Monatsschrift Bd. 19, S. 34.

4) Müller in Gruchots Beiträge, Bd. 50, S. 510.

Ansicht[1]) läßt dagegen die Art und Weise der Erfüllung der Gegenleistung dem Willen der Parteien anheimgestellt. Welcher Ansicht man sich in diesem Streite anschließt, kommt für diese Abhandlung nicht in Betracht, denn im „wirtschaftlichen Sinne" stellt sich der Sukzessivlieferungsvertrag immer als eine Häufung mehrerer Lieferungsverträge dar, eine Häufung, die vom Leistenden wie vom Empfänger nur deshalb im Rahmen eines einzigen Vertrages vorgenommen wird, um große Mengen einer Ware, die auf einmal entweder nicht lieferbar oder nicht aufnehmbar sein würden, zu einem festbestimmten, d. h. nicht schwankenden Preise in einzelnen Posten dann liefern oder erhalten zu können, wenn es im wirtschaftlichen Interesse erforderlich ist. Wie die Gegenleistung erfüllt wird, ist insofern für das Wesen des Sukzessivlieferungsvertrages ohne Bedeutung; wie heute so manche einfache Kaufschuld in Raten abgezahlt wird, ohne an der Natur des Kaufvertrages etwas zu ändern, so wenig werden auch durch die einmalige Bezahlung mehrerer, aus verschiedenen, gleichartig nebeneinander stehenden Kaufverträgen entspringenden Schulden diese einzelnen Verträge zu einem einzigen, etwa einem Sukzessivlieferungsvertrag[2]).

Gibt es nun noch ein weiteres Vertragsgebilde, bei dem — ähnlich dem Sukzessivlieferungsvertrag — für eine längere Dauer zwischen 2 Parteien Beziehungen bestehen, auf Grund deren die eine zur Leistung, die andere zur entsprechenden Gegenleistung verpflichtet ist, ohne daß die beiderseitige Schuld einem einheitlichen oder etwa mehreren, vollständig getrennt nebeneinanderstehenden Verträgen entspringt? Diese Frage wurde zum ersten Male in einem Aufsatze Jaegers im Jahre 1912[3]) beantwortet, und zwar im bejahenden Sinne, indem nämlich Jaeger in der Klasse der Dauerschuldverhältnisse dem Sukzessivlieferungsvertrag das sogenannte „Wiederkehrschuldverhältnis" gegenüberstellte. Der von Jaeger gezogene Unterschied zwischen diesen Dauerschuldverhältnissen ist folgender: Während bei dem Sukzessivlieferungsvertrag die S u m m e der einzelnen Raten den Vertragsgegenstand bildet, der — von den Parteien als G a n z e s gewollt — geschuldet wird, stellen die einzelnen „Raten" des Wiederkehrschuldverhältnisses Leistungen auf Grund v o l l s t ä n d i g e r, in sich abgeschlossener Verträge dar. Diese einzelnen Verträge stehen ohne Abhängigkeit des einen von dem anderen nebeneinander; die Verbindlichkeiten aus ihnen sind nicht wie beim Sukzessivlieferungsvertrag ein für allemal einheitlich für eine bestimmte Zeit begründet, sondern entstehen abschnittsweise immer wieder neu, sei es auch infolge einer nur stillschweigenden Wiederholung des Vertragsabschlusses. Ueber den einzelnen Verträgen zusammen aber besteht ein ein- oder zweiseitig verpflichtender Vorvertrag, von Jaeger auch Mantel- oder Rahmenvertrag genannt.

Das Wiederkehrschuldverhältnis im Sinne Jaegers ist also, vom allgemeinen Gesichtspunkte aus betrachtet, ein Mittelding zwischen rein für sich bestehenden Einzelverträgen und dem Sukzessivlieferungsvertrag. Von den Einzelverträgen unterscheidet es sich durch den Vorvertrag, durch den mindestens eine Partei an den Vertragswillen der anderen gebunden ist, von dem Sukzessivlieferungsvertrag dadurch, daß die Leistungen und Gegenleistungen bei der Dauer des Schuldverhältnisses nicht einem einzigen, sondern mehreren, immer wieder neu begründeten Verträgen entspringen.

---

[1]) Vgl. Seite 7 Anm. 3.

[2]) Vgl. Caesar in Holdh. Monatsschrift Bd. 19, S. 32 ff.

[3]) Siehe: Jaeger in Leipziger Zeitschrift 1912 Sp. 286 ff.

An dieser Stelle bedarf es auch einer Erwähnung der von Gierke[1]) über den Sukzessivlieferungsvertrag geäußerten Ansicht. Er versteht nämlich unter einem Sukzessivlieferungsvertrag eine Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen, und zwar soll sie stoßweise Einzelverpflichtungen hervorbringen, die als besondere vorübergehende Schuldverhältnisse durch Erfüllung untergehen. Als Beispiel führt Gierke insbesondere einen Bierlieferungsvertrag an, bei dem ein Brauer und ein Wirt für bestimmte oder unbestimmte Zeit vereinbaren, daß jener diesem das erforderliche Bier liefern, dieser aber sein Bier nur von jenem beziehen soll, und fährt dann fort: „Wenn die herrschende Ansicht die Sukzessivlieferungsverträge dem Begriff eines einfachen Kaufes unterstellt, bei dem der Gegenstand unbestimmt, aber objektiv bestimmbar sei, und daher gleiche Grundsätze anwendet, wie in den Fällen, in denen ein festes Quantum gekauft ist, so wird sie dem Wesen solcher Verträge nicht gerecht. In Wahrheit ist eine dauernde, durch die Einzelleistungen nicht aufgezehrte Verpflichtung, zu liefern und zu beziehen, begründet". Diese Auffassung Gierkes von dem Sukzessivlieferungsvertrag deckt sich fast mit dem Begriffe des Wiederkehrschuldverhältnisses, denn seine „vorübergehenden Schuldverhältnisse" sind nichts anderes als die „einzelnen Verträge" innerhalb des Jaegerschen Wiederkehrschuldverhältnisses, diesem selbst gibt Gierke aber einen anderen Namen, nämlich „Sukzessivlieferungsvertrag"; nur will er die einzelnen Verträge nicht einem Vorvertrag, sondern schon einem festen Kaufvertrag entspringen lassen, indem er eine Ausgestaltung des Kaufes annimmt, die — wie er selbst sagt — über das bloße Versprechen, zu verkaufen und zu kaufen, hinausgeht. Ein weiteres Eingehen auf die Ansicht Gierkes ist nicht erforderlich, da der Begriff des Sukzessivlieferungsvertrages durch die Rechtsprechung der Gerichte sowie das Schrifttum eine solch feste Gestaltung gewonnen hat, daß praktisch — und darauf soll es in dieser Abhandlung in erster Linie ankommen — der Sukzessivlieferungsvertrag nur in dem weiter oben wiedergegebenen Sinne zu verstehen ist. Die folgenden Ausführungen über den Sukzessivlieferungsvertrag werden zugleich auch zeigen, ob der Meinung Gierkes über die „Ausgestaltung" des Kaufvertrages zuzustimmen ist oder nicht. Insgesamt wird man aber zu dem Ergebnis gelangen, daß, abgesehen von diesem Punkte und der verschiedenartigen Benennung, der von Gierke aufgestellte Begriff des Sukzessivlieferungsvertrages im wesentlichen dem des von Jaeger gewissermaßen entdeckten Vertragsgebildes, nämlich dem „Wiederkehrschuldverhältnis" gleichkommt.

Der Bestand dieses Vertragsgebildes ist von mehreren Seiten bestritten worden, zum Teil hat man aber auch die Ansicht Jaegers gebilligt. Es soll nun Aufgabe dieser Schrift sein, zu untersuchen, ob es tatsächlich ein Wiederkehrschuldverhältnis gibt, und wenn ja, wie es sich je nach Lage des Falles gegenüber den gesetzlich gegebenen Einwirkungen auf Verträge verhält.

---

1) Gierke in Iherings Jahrbücher Bd. 64, S. 630 ff.

Sukzessivlieferungsvertrag und Wiederkehrschuldverhältnis

Die erste Gelegenheit, die Jaeger wahrnahm, um dem Sukzessivlieferungsvertrag das Wiederkehrschuldverhältnis gegenüberzustellen, boten einige Urteile verschiedener deutscher Gerichte[1]). In allen stimmte der den Entscheidungen zu Grunde liegende Sachverhalt insoweit überein, als Abnehmer aus auf Lieferung von Gas oder Elektrizität abzielenden Verträgen in Konkurs geraten waren und nunmehr die Konkursverwalter Lieferung der betreffenden „Ware"[2]) verlangten. Die Lieferwerke verweigerten die Erfüllung dieses Verlangens, solange nicht die rückständigen Beträge gezahlt oder wenigstens als Masseschulden anerkannt seien; hierauf wollten jedoch die Konkursverwalter nicht eingehen. Wenn sie erklärten, sie wollten einen ganz neuen Vertrag abschließen, so antworteten ihnen die Werke damit, es sei infolge des Weiterbestehens des Lieferungsvertrages mit dem Gemeinschuldner kein Raum für einen neuen Vertrag vorhanden, denn trotz der besonderen rechtlichen Stellung des Konkursverwalters vertrete dieser doch die gleiche Vermögensmasse, wie es der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung getan habe. Die angeführten Gerichte haben dieser Ansicht der Lieferwerke zugestimmt. Hiergegen wandte sich Jaeger, indem er nachzuweisen suchte, daß die den Urteilen zu Grunde liegenden Lieferungsverträge auf Gas bezw. auf Elektrizität mit der zur Zeit der Konkurseröffnung laufenden Lieferungsperiode ihr Ende erreicht hätten und daß nunmehr der Konkursverwalter auf Grund eines allgemeinen Kontrahierungszwanges, der sich aus der monopolartigen Stellung der betreffenden Werke ergebe, den Abschluß eines oder mehrerer neuer Verträge verlangen und auch in die laufende Lieferungsperiode eintreten könne.

Da sich nun einmal der Streit um das Bestehen des Wiederkehrschuldverhältnisses auf dem Gebiete des Konkursrechtes im Verein mit den erwähnten Lieferungsverträgen entsponnen hat und sich gerade hier der Unterschied gegenüber dem Sukzessivlieferungsvertrag am deutlichsten erkennen läßt, so soll die Frage, ob Jaeger mit der Aufstellung des Begriffes „Wiederkehrschuldverhältnis" recht gehabt hat, unter Berücksichtigung der konkursrechtlichen Bestimmungen, soweit sie die Verträge betreffen, erörtert werden. Hierbei läßt es sich nicht umgehen, immer wieder das Wiederkehrschuldverhältnis dem Sukzessivlieferungsvertrag gegenüberzustellen, denn der Streit der Meinungen geht gerade darum, ob dem Wiederkehrschuldverhältnis n e b e n dem Sukzessivlieferungsvertrag ein Platz einzuräumen ist oder nicht.

Der Sukzessivlieferungsvertrag und seine Anwendbarkeit bei den Dauerlieferungsgeschäften.

Besteht nun ein Unterschied zwischen dem Sukzessivlieferungsvertrag und dem Wiederkehrschuldverhältnis und worin ist er zu finden? Um zur Beantwortung dieser Fragen zu kommen, sei es einmal gestattet, die „Wirkung" der „Ursache" vorwegzunehmen, denn gerade an der Wirkung wird man erkennen, welche Tragweite dem Ergebnis beiwohnt, ob es ein Wiederkehrschuldverhältnis gibt oder nicht. Hierzu sei folgender Fall gegeben:

„A. baut sich ein Einfamilienhaus und läßt sich einen Anschluß an das in dem betreffenden Orte bestehende Elektrizitätswerk legen. Er schließt sich den allgemein gültigen Lieferungsbedingungen

---

[1]) OLG. Kiel in Leipziger Zeitschrift 1912 Sp. 286; LG. Mainz, das. Sp. 287 ff; LG. Essen, das. Sp. 292 ff; LG. Duisburg, das. Sp. 291 ff.
[2]) Vgl. Enneccerus § 324 Anm. 14.

an, nach denen der Strompreis monatlich berechnet und bezahlt wird, ohne aber über die Dauer des Bezugs irgendwelche Abmachungen mit dem Elektrizitätswerk zu treffen. Nach Ablauf eines Jahres und mit Monatsende fällt er in Konkurs; während der ersten sechs Monate hat er den bezogenen Strom bezahlt, in den übrigen Monaten aber nicht. Der Konkursverwalter ist aus einem Grunde genötigt, zwecks Verwaltung und Verwertung der Masse auch weiterhin Strom zu beziehen; er tut dies stillschweigend auf die Dauer von drei Monaten."

Welche Ansprüche kann nun das Elektrizitätswerk geltend machen? Betrachtet man den Elektrizitätslieferungsvertrag als einen Sukzessivlieferungsvertrag, so ergibt sich folgendes Bild: Der Sukzessivlieferungsvertrag — ein zweiseitiger Vertrag im Sinne des § 17 KO. — ist von keiner Seite vollständig erfüllt, da er ja für unbestimmte Zeit abgeschlossen ist, sein Ende also noch nicht erreicht haben kann. Durch den stillschweigenden Weiterbezug ist der Konkursverwalter in den Vertrag eingetreten. (Die von verschiedenen Seiten vertretene Ansicht, der stillschweigend oder auch ausdrücklich erklärte Wille des Konkursverwalters, Strom beziehen zu wollen, sei nach Treu und Glauben als Antrag auf Abschluß eines neuen Vertrags anzusehen, soll vorläufig unberücksichtigt bleiben.) Es müssen daher gemäß §§ 17, 59 Ziffer 2 KO. alle Ansprüche des Elektrizitätswerkes aus dem zweiseitigen Stromlieferungsvertrag als Masseschulden vorweg berichtigt werden. Das bedeutet auf den gegebenen Fall angewendet: der Konkursverwalter muß den Strompreis für volle n e u n Monate bezahlen. Anders bei dem Wiederkehrschuldverhältnis im Sinne Jaegers! Die einzelnen dem Vorvertrag entsprossenen Verträge, die jeweils mit Ablauf eines Bezugsmonats ihr Ende erreicht haben und vor der Konkurseröffnung liegen, sind bei ihm im Sinne des § 17 KO. durch die Leistungen des Elektrizitätswerkes von einer Seite v o l l s t ä n d i g erfüllt. Der Konkursverwalter kann also deren Erfüllung nicht mehr verlangen. Durch den Weiterbezug von Strom hat er nichts anderes getan, als den Abschluß eines neuen Vertrages angeboten, und das Elektrizitätswerk hat zugleich mit der Lieferung das Angebot angenommen. Nach Ablauf des einen Monats und zu Beginn des nächsten spielt sich der gleiche Vorgang ab, indem der Konkursverwalter auch weiterhin Strom bezieht und das Elektrizitätswerk ihn liefert, obwohl der sich mit dem vergangenen Monat deckende Vertrag beendet ist. Die Folge aus dieser Ansicht ist, daß der Konkursverwalter zwar gemäß § 59 Ziffer 1 KO. den Preis für die während seiner Amtszeit entnommene Strommenge voll bezahlen muß, daß aber das Elektrizitätswerk seine Ansprüche, welche die sechs Monate vor der Konkurseröffnung betreffen, nur als gewöhnliche Konkursforderungen anmelden kann, also nur die Konkursdividende erhält. Der zahlenmäßige Unterschied bei der Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages oder eines Wiederkehrschuldverhältnisses geht hieraus klar hervor. Wenn er im vorliegenden Beispiel vielleicht auch kein allzu großer ist, so kommt das daher, weil der Strombedarf in einem Einfamilienhaus nicht so bedeutend ist; steht aber an Stelle des Einfamilienhauses eine kleine Fabrik, so wächst der Unterschied schon gewaltig an. Man nehme den Fall einmal so, daß bei einem monatlichen Strompreis von 5000.— Mk. die Konkursdividende 20% beträgt. Dann erhält das Elektrizitätswerk statt der 5000.— Mk. pro Monat nur 1000.— Mk., bei sechs Monaten also statt 30 000.— Mk. nur 6000.— Mk. Es kommt daher sehr darauf an, ob es ein Wiederkehrschuldverhältnis gibt und ob die dem hier angeführten Vertrag ähnlichen Lieferungsgeschäfte als Wiederkehrschuldverhältnisse anzusprechen sind oder nicht.

Da nimmt es auch nicht Wunder, daß seitens der Elektrizitätswerke und ähnlicher Institute[1]) immer wieder versucht worden ist, den Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses, insbesondere für ihre Lieferungsgeschäfte zu verneinen. Von ihrer Seite aus geht das Bestreben dahin, daß derartige Lieferungsverhältnisse immer als Sukzessivlieferungsverträge angesehen werden sollen, man berücksichtigt dabei aber nicht, von welcher Tragweite eine solche Regel ist. Das Ergebnis dieser Ansicht ist praktisch nämlich kein anderes, als daß die Ansprüche solcher Werke in den allermeisten Fällen ein Vorrecht genießen würden, das jeder Billigkeit widerspräche. Jedesmal, wenn der Konkursverwalter für ein Gebäude oder einen Geschäftsbetrieb zwecks Verwertung der Konkursmasse elektrischen Strom braucht — und wann ist dies nicht der Fall? — wäre er gehalten, die vom Gemeinschuldner noch zu bezahlenden Beträge als Masseschulden anzuerkennen, da er ja doch nach der tatsächlichen Lage garnichts anderes kann, als von dem betreffenden Werke, mit dem der Gemeinschuldner in Verbindung stand, die benötigte Energie zu beziehen. Mit Ausnahme der Zuleitungsverträge ist es dem Konkursverwalter sonst fast immer möglich, von einem anderen Lieferanten die benötigte Ware zu beziehen, und der neue Lieferant kann auch — von Ausnahmefällen abgesehen — unbesorgt auf einen solchen Vertrag eingehen, da seine Ansprüche aus diesem gemäß § 59 Ziffer 1 KO. als Masseschulden beglichen werden. Bei den Zuleitungsverträgen ist dem Konkursverwalter ein solcher Ausweg aber nicht oder doch nur unter Unkosten möglich, der einer nutzbaren Verwertung der Masse und somit dem ganzen Zwecke des Konkurses, nämlich der möglichst hohen Befriedigung der Gläubiger widersprechen würde. Der Konkursverwalter müßte — und zwar doch nur auf Kosten der Gläubiger — neue Kabel und Röhren legen lassen was in den meisten Fällen aber teurer kommen dürfte als eine Anerkennung der rückständigen Beträge als Masseschulden. Darüber hinaus besteht innerhalb eines Ortsberinges meistens nur ein Elektrizitätswerk, sodaß normalerweise ein Anschluß an ein anderes Werk garnicht in Frage käme. Es bliebe dem Konkursverwalter also kein anderer Ausweg, als entweder in den Sukzessivlieferungsvertrag einzutreten oder auf eine Weiterführung des Geschäftsbetriebes zu verzichten. (Die Ansicht des Landgerichts Duisburg[2]), es sei der Konkursverwalter auf die Gaslieferung nicht angewiesen, da er die Gasbeleuchtung durch Petroleumlampen ersetzen könne, bedarf — wie Jaeger sagt — keiner Widerlegung, insbesondere nicht heute im Zeitalter der Lichtreklame!) Ein Verzichten kann aber in den Fällen, wo es sich um die Verwertung eines Geschäftsbetriebes handelt, nicht in Betracht kommen. Die Ansprüche der Werke wären also jedesmal als Masseschulden zu befriedigen, ein Ergebnis, das gerade darum unerquicklich erscheint, weil die Werke dann gemäß § 57 KO. vor den in § 61 KO. aufgezählten Konkursgläubigern und eventuell (vgl. § 60 KO.) sogar vor Begleichung der Massekosten den vollen Betrag erhielten.

In Schrifttum und Rechtsprechung[3]) hat man nun versucht um ein gerechtes Ergebnis herbeizuführen, unter Beibehaltung der Ansicht,

---

1) Vgl. Theißig in „Wasser und Gas" 1926 Nr. 5, Sp. 256 ff.; Weiberg in „Das Gas- und Wasserfach" 1926, S. 499 ff.; Dr. Schwagmeier in „Elektriztiätswirtschaft" 1926 Nr. 401 S. 43 ff.

2) L.G. Duisburg in Leipz. Zeitschr. 1912, Sp. 291; Jaeger das. Sp. 296, Anm. 6.

3) Vgl. Hueck; Niessen; Josef in Leipz. Zeitschr. 1914, Sp. 1710; KG. das. 1912, Sp. 565; OLG. Hamm, das. 1913, Spalte 251; OLG. Düsseldorf, das. 1912, Sp. 90; OLGE. (Hamburg) 23,300 ff.

der Elektrizitätslieferungsvertrag sei ein Sukzessivlieferungsvertrag, auf einem Umweg diese Vorrechtsstellung der Werke zu beseitigen. Hierbei ist man sogar soweit gegangen, das Vorgehen des Konkursverwalters in einer Weise auszulegen, die keineswegs für richtig befunden werden kann. In der vom Kammergericht gefällten Entscheidung hatte ein Konkursverwalter nach Konkurseröffnung Gas bezogen und auch einen Revers unterschrieben, in dem von einer „ferneren" Gaslieferung die Rede war. Das betreffende Gaswerk hatte in diesem Verhalten einen Eintritt des Konkursverwalters in den laufenden Vertrag erblickt. Diese Ansicht wurde aber von dem Kammergericht abgelehnt, und zwar mit der Begründung, das Verhalten des Konkursverwalters lasse nicht darauf schließen, daß er in den laufenden Vertrag habe eintreten wollen; dies ergebe sich auch nicht aus dem Verlangen der „ferneren" Lieferung, denn es sei niemals die Absicht des Konkursverwalters, die Masse in einer derartigen Weise zu belasten. Es ist selbstverständlich, daß ein treusorgender Verwalter nicht gewillt ist, die Masse unnötig zu beschweren, wenn er aber einmal durch seinen Eintritt in einen laufenden Vertrag Rückstände des Gemeinschuldners zu Masseschulden gemacht hat, dann geht es nicht an, sein Verhalten irgendwie zum Zwecke einer billigen Entscheidung auszulegen, dies insbesondere darum nicht, weil auch das Gesetz keine Anfechtung (§ 119 BGB.) der Erklärung möglich sein läßt, denn die Anfechtung beträfe hier einen Irrtum im Motiv[1]). Das Kammergericht erkennt in seinen Ausführungen an, daß der Eintritt in den Vertrag „stillschweigend" erfolgen könne, will aber unter Hinweis auf die tatsächliche Monopolstellung des Werkes den stillschweigenden Weiterbezug von Gas hier trotzdem nicht als Eintritt gelten lassen. (Auch Josef verlangt eine ausdrückliche Erklärung über den Eintritt in einem solchen Falle und will in dem stillschweigenden Weiterbezug keinen Eintritt erblicken[2]).) Dazu liegt aber um deswillen noch keine Veranlassung vor, weil das betreffende Werk eine Monopolstellung innehat, denn wegen des Monopols darf keine Sonderauslegung einer Willenserklärung gemacht werden. Es ist auch nicht ergründlich, wie das Kammergericht die Worte: . . . „das Verlangen der ferneren Lieferung" . . . umdeutet. Es sagt hier wörtlich: „Das Verlangen der „ferneren" Lieferung von Gas drückt nicht aus, daß diese weitere Lieferung auf Grund des alten Vertrages erfolgen sollte, sondern läßt nur erkennen, daß auch in Zukunft Gas geliefert werden sollte." Inwiefern das Kammergericht zwischen einer „ferneren" und einer „auch in Zukunft" erfolgenden Lieferung einen Unterschied finden will, ist nicht ersichtlich, da doch beide Redewendungen von einer Lieferung sprechen, die in der Zukunft liegend an eine vergangene anknüpft. Von einer vollständig neuen Lieferung ist darin nichts ausgedrückt! Es wäre mit Treu und Glauben nicht vereinbar, wollte man hier die Werke schlechter stellen als andere Lieferanten, oder man müßte auch in anderen Fällen, in denen ein Konkursverwalter weitere Lieferung verlangt, zu einer ihm günstigen Umdeutung seiner Willenserklärung kommen; damit wäre aber § 17 KO. fast überflüsig.

Einen anderen Umweg bot den übrigen Schriftstellern und Gerichten die Lehre vom „Kontrahierungszwang". Es wird hier mit Absicht der Ausdruck „Umweg" gewählt, denn Hueck[3]) spricht selbst davon, man wolle „ein Mittel zur Beseitigung dieser Unbilligkeit (der Vorrechtsstellung der Lieferwerke) finden". Dies ist aber nicht

---

1) Vgl. Mentzel KO. § 17 Anm. 4; RGE. 98, 136; 85, 222.
2) Josef in Leipz. Zeitschr. 1914, Sp. 1706 ff.; vgl. dagegen Jaeger, Komm. § 17 Anm. 18b; Staub, § 382, Anm. 82a.
3) Vgl. Hueck, S. 197.

die richtige Weise, den tatsächlichen Verhältnissen gerecht zu werden. Entweder ist ein Weg (kein Umweg!) vorhanden oder nicht; im letzteren Falle darf ein solcher aber nicht künstlich geschaffen werden, will man nicht die Rechtssicherheit antasten. Hueck sowie die anderen Schriftsteller und Gerichte lehnen die Jaegersche Ansicht vom Wiederkehrschuldverhältnis ab und halten fest an der Meinung, es liege ein Sukzessivlieferungsvertrag vor; aber nicht mit Recht!

Ja. Die Bestimmbarkeit des Lieferungsgegenstandes und der Lieferungsdauer.

Weiter oben ist die allgemein übliche Formel des Sukzessivlieferungsvertrages schon zum Ausdruck gekommen, sie muß aber an dieser Stelle noch einmal wiederholt werden, denn an ihr ist ersichtlich, daß die Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages bei dem gegebenen Beispiel fehlgeht: „Der Sukzessivlieferungsvertrag ist ein zweiseitiges Schuldverhältnis, das auf Lieferung gattungsmäßig bestimmter Waren in bestimmten oder bestimmbaren Mengen und Lieferungszeiten zu einem festgesetzten Einheitspreise abzielt". Der Begriff der „Gattungsware" kann bei der folgenden Betrachtung von vornherein unberücksichtigt bleiben, da eine solche bei dem Wiederkehrschuldverhältnis, wenn es Lieferungsverträge umfaßt, Gegenstand der Leistung ist, und ebenso entfallen für den hier als Beispiel gebildeten Elektrizitätslieferungsvertrag die „bestimmten" Mengen und Lieferungszeiten, denn nicht einmal der Stromverbraucher A. kann sagen, wann und wieviel Elektrizität er in den nächsten Tagen, geschweige denn in Monaten und Jahren, verbrauchen wird. Der Elektrizitätslieferungsvertrag könnte also nur ein Sukzessivlieferungsvertrag sein, bei dem die Warenmenge und die Lieferungszeiten „bestimmbare" sind.

Auf eine solche „Bestimmbarkeit" stützen die genannten Schriftsteller und Gerichte ihre Ansicht, sie nehmen die Grenzen des „Bestimmbaren" aber so weit, daß von einer Berechnung der in Frage kommenden Menge nicht mehr gesprochen werden kann. Weiß das Elektrizitätswerk bei Vertragsabschluß im gegebenen Beispiel — ohne Konkurs — zunächst einmal, wie lange Zeit — ob Monate oder Jahre — A. von ihm Elektrizität beziehen wird? Weiß es ungefähr, „wann" A. der Leitung Strom entnehmen wird, ob in diesem oder jenem Monat und ob überhaupt? All diese Fragen sind zu verneinen. Die Stromlieferung kann dreißig Jahre dauern, aber auch nur ein einziges Jahr. Der Unterschied ist also unter Umständen recht groß. Nach dem Umfange der elektrischen Anlagen im Hause des A. läßt sich der Stromverbrauch zwar jeweils für eine gewisse Zeitspanne annähernd errechnen, er ist insofern immer wieder zu Beginn einer Ablesungsperiode „bestimmbar" und am Schlusse sogar „bestimmt", aber diese Merkmale liegen nicht bei Abschluß des g e s a m t e n Stromlieferungsvertrages vor. Zieht A. in eine Wohnung ein, dann kommen, wenn Anschluß an das Stromnetz verlangt wird, Beamte des Elektrizitätswerkes und erkundigen sich, wieviele Lampen und sonstige elektrische Geräte in der Wohnung in Gebrauch genommen werden sollen. Dies geschieht, damit das Elektrizitätswerk weiß, welche Anforderungen wahrscheinlich in Zukunft täglich zu den gewohnten Brennstunden an seine Maschinen gestellt werden. Es kann auch ausrechnen, welches der vermutliche Verbrauch im Hause des A. sein wird, dies aber nur für eine bestimmte Zeitspanne, z. B. zehn Jahre, dabei weiß es aber nicht einmal, ob der Strombezug auch tatsächlich so lange dauern wird, denn hierüber ist im Vertrag ja nichts gesagt. Ueber den Verbrauch während des gesamten Lieferungsverhältnisses kann eine Be-

rechnung aber nicht vorgenommen werden, denn hierzu fehlt es an einem zeitlichen Anhaltspunkte dafür, wie lange das Verhältnis überhaupt bestehen wird. Selbst wenn man die zehn Jahre als eine Durchschnittszeit annehmen wollte, könnte eine Berechnung fast vollständig fehlgehen. A. kann von den zehn Jahren während acht auf Reisen sein, und unter Umständen dergestalt, daß er zunächst ein Jahr Strom bezieht, dann auf Reisen geht und im letzten (10.) Jahr wieder Elektrizität in seiner Wohnung verbraucht. Niessen[1]) will auf den auch nach seiner Ansicht bestehenden Vorvertrag den Sukzessivlieferungsvertrag folgen lassen mit dem Augenblick, in dem zum ersten Male Strom angefordert und geliefert wird. Dann würde also hier der Sukzessivlieferungsvertrag eine achtjährige Unterbrechung erleiden und es taucht dann die Frage auf, inwiefern solchenfalls noch von einer „Bestimmbarkeit" des Vertragsgegenstandes und der Lieferungszeiten gesprochen werden könnte. Dieser Begriff ist von den Schriftstellern insofern zu weit ausgelegt worden, daß bei Vertragsabschluß die Warenmenge und Lieferungszeiten als „bestimmbar" angenommen werden. Wenn in einem Sukzessivlieferungsvertrage zwischen einem Wirte und einer Brauerei von einer durch den Bedarf des Wirtes „bestimmbaren" Menge gesprochen wird, so ist es regelmäßig dabei der Fall[2]), daß dieser Vertrag auf eine bestimmte Zeitspanne abgeschlossen ist, und zwar unter einer Bezugsverpflichtung des Wirtes. Für deren Dauer ist dann die Menge an Bier „bestimmbar", d. h. sie läßt sich annähernd errechnen durch den Verkehr in der Straße, in der die Wirtschaft liegt, durch die Größe des Betriebes, die vorhandene starke oder schwache Konkurrenz und dergl. mehr. Ebenso ist dann ein Sukzessivlieferungsvertrag gegeben, wenn A. den Stromlieferungsvertrag auf zehn Jahre fest abgeschlossen und sich dabei verpflichtet hat, allen benötigten Strom während dieser Zeit von dem Elektrizitätswerke zu beziehen, denn aus seiner elektrischen Anlage läßt sich die Menge ungefähr bestimmen. Fehlt es aber an einer abschätzbaren Vertragsdauer und -menge, so sind diese Erfordernisse bei Vertragsabschluß nicht nur „fast unbestimmbar" — wie Niessen sagt[3]) —, sondern es kann nur von einer „Unbestimmtheit" gesprochen werden. Aus diesem Grunde kann auch der Ansicht Gierkes über die Ausgestaltung des Kaufvertrages nicht zugestimmt werden, denn § 433 BGB. sagt, daß der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer die Sache, also ein bestimmtes Etwas zu übergeben. Bei der Ausgestaltung, wie sie Gierke vornimmt, wäre aber nur ein unbestimmtes Etwas, das sich ebenfalls nicht errechnen läßt, Gegenstand des Kaufvertrages.

Hueck[4]) hat in seinem Buche einen Gaslieferungsvertrag, in dem nur eine der Parteien zur Lieferung bezw. zur Abnahme verpflichtet ist, als einen Vorvertrag, nicht aber als einen Sukzessivlieferungsvertrag bezeichnet, und zwar ziele dieser Vorvertrag auf den „sukzessiven Abschluß einzelner Lieferungsverträge" ab. Aus der bei dem Worte „Lieferungsverträge" angewendeten Mehrzahl ließe sich nun schließen, Hueck vertrete die Ansicht Jaegers; dies stimmt aber nicht, denn Hueck will den Unterschied zwischen einem Haupt- und einem Vorvertrag „praktisch nicht von großer Bedeutung sein lassen[5]) und kommt mit der Behauptung, die Regeln über den Sukzessivlieferungsvertrag seien im allgemeinen analog auf den Vorvertrag anwendbar, bei der Betrachtung der Jaegerschen Lehre doch zur Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages. Damit widerspricht er sich aber selbst, denn nach seinen eigenen Erläuterungen[6]) ist der Sukzessivlieferungs-

1) Vgl. Niessen Seite 52. — 2) Vgl. Hueck, S. 8 ff. — 3) Niessen S. 51. 4) Vgl. Hueck S. 11. — 5) Ders. S. 12. — 6) Ders. S. 6.

vertrag ein Geschäft, bei dem „die Erfüllung in Teilleistungen" erfolgt. Bei der von Hueck hier vertretenen Auffassung wäre der Sukzessivlieferungsvertrag aber zugleich auch in der Gestalt einer Zusammenfassung mehrerer Geschäfte denkbar, denn Hueck spricht doch von Lieferungsverträgen, das würde aber dem Sinne des Sukzessivlieferungsvertrages widersprechen, denn bei der Erfüllung eines der vielen Lieferungsverträge handelt es sich um die vollständige Erfüllung eines der mehreren Verträge, nicht aber um eine Teilleistung aus einem einzigen großen Vertrag. Ist der Gaslieferungsvertrag unter einer beiderseitigen Verpflichtung der Parteien abgeschlossen, so spricht Hueck[1]) nicht von „mehreren Lieferungsverträgen", sondern er betrachtet ohne weiteres einen Sukzessivlieferungsvertrag als vorliegend. Hierbei hat er ein praktisches Beispiel angeführt[2]), das zwar keinen Zuleitungsvertrag zu Grunde liegen hat, zu dessen Ergebnis er aber bei dem zweiseitig verpflichtenden Gaslieferungsvertrag ebenfalls kommt. Das Beispiel lautet:

> „Ein Landwirt hat sich gegenüber einem Händler auf unbestimmte Zeit zur Lieferung von täglich hundert Liter Milch verpflichtet; beiden Parteien steht ein Recht zur Kündigung mit Monatsfrist zu."

Während nun Hueck im Verlauf seiner vorangegangenen Betrachtung immer wieder als wesentliche Begriffsmerkmale des Sukzessivlieferungsvertrages die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes und der Lieferungsdauer bezeichnete, will er für das gegebene Beispiel doch das Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrages annehmen, obwohl er selbst in dem sogleich darauf folgenden Satze[3]) sagt: „Ist schon in diesem Falle die Unbestimmtheit des Vertragsgegenstandes durch die Unbestimmtheit der Vertragsdauer bedingt, so . . .". Hueck gibt also selbst zu, daß in seinem Beispiel nicht etwa von einer „Bestimmbarkeit", sondern nur von einer „Unbestimmtheit" des Vertragsgegenstandes und der Vertragsdauer die Rede sein kann. Mag es sich nun um einen Milch- oder einen Gaslieferungsvertrag handeln, so muß doch immer, wenn ein Sukzessivlieferungsvertrag vorliegen soll, bei Vertragsabschluß die Menge und Dauer der gesamten Lieferung wenigstens „bestimmbar" sein. Bei den von Hueck an dieser Stelle angeführten Fällen sind sie dies aber nicht, einerlei ob ein ein- oder zweiseitiger Vertrag gegeben ist. Bei dem zweiseitigen Milchlieferungsvertrag ist der Umfang der Lieferung zwar jedesmal dann bekannt, wenn sie stattfindet (täglich 100 l.), nicht aber der Umfang der gesamten Leistungen und Gegenleistungen aus dem Vertrage, weil keine Lieferungsdauer festgelegt ist; so umfaßt die Gesamtleistung bei der Milchlieferung die unbekannte Summe (= x . 100 l. .) der einzelnen Lieferungen.

Daß eine „Bestimmbarkeit" hier nicht angenommen werden kann, ergibt sich auch aus einer entsprechenden konkursrechtlichen Betrachtung. Es ist wieder das zuerst (Seite 10) gegebene Beispiel zu Grunde zu legen, in dem A. einen Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen hat und nach Ablauf eines Jahres in Konkurs fällt. Nach der Ansicht Huecks[4]) kann der Konkursverwalter auf Grund des Kontrahierungszwanges den Abschluß eines neuen Vertrages verlangen und das Elektrizitätswerk mit seinen Ansprüchen bezüglich der rückständigen Beträge auf die Geltendmachung als Konkursforderung verweisen. Da nun nach Lage des Falles der Elektrizitätslieferungsvertrag keineswegs „bis zur Eröffnung des Konkurses" abgeschlossen ist,

---

[1]) Hueck, S. 11. — [2]) ders. S. 10. — [3]) ders. S. 11. — [4]) Der Einfachheit halber werden die übrigen Schriftsteller nicht mehr miterwähnt; für sie gilt dasselbe wie das bei Hueck Gesagte.

er also noch nicht sein Ende erreicht hat, so kann das Elektrizitätswerk gemäß § 26 KO. eine Forderung geltend machen, und zwar wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit. Mit Beginn der Lieferung ist der Vorvertrag in den Sukzessivlieferungsvertrag aufgegangen, denn er ist wegen der Einheitlichkeit der nun folgenden Lieferungen überflüssig. Der Sukzessivlieferungsvertrag aber ist ein zweiseitig verpflichtender Vertrag[1]), also hat nunmehr auch A. seine „Verbindlichkeiten" aus ihm zu erfüllen[2]). Wie sollte nun das Elektrizitätswerk die Höhe dieser Forderung berechnen? Hier wäre jede Zahl richtig und falsch, denn es ist kein Zeitpunkt vorhanden, nach dem sich zusammen mit dem Tage der Konkurseröffnung der nichterfüllte Teil des Vertrages bestimmen ließe.

Bei Abschluß des Vertrages sind also die Lieferungsmengen und -zeiten weder bestimmt noch bestimmbar, es kann also kein Sukzessivlieferungsvertrag vorliegen.[3])

Ib. Sukzessivlieferungsvertrag und Kontrahierungszwang eines Monopolbesitzers im Konkurse des Abnehmers.

Und es kommt noch ein weiterer Grund hinzu, der einer Beseitigung der Vorrechtsstellung der Werke beim Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrages widerspricht. Dem Elektrizitätswerk kann nicht immer mit dem Kontrahierungszwang gegenübergetreten werden. Die genannten Schriftsteller und Gerichte wollen dem Konkursverwalter immer einen Anspruch auf Abschluß eines Elektrizitätslieferungsvertrages zuerkennen ohne Rücksicht auf das von ihnen anerkannte Weiterbestehen des Sukzessivlieferungsvertrages über den Tag der Konkurseröffnung hinaus. Dies bedeutet für das Elektrizitätswerk und alle ähnlich gestellten Unternehmungen eine große Härte und es ist daher kein Wunder, wenn dieser Ansicht entgegengehalten wird, dann könne einfach jeder mit seinen Strompreiszahlungen in Rückstand gekommene Schuldner den Abschluß eines neuen Vertrages von dem Elektrizitätswerk verlangen und dieses könnte ihn nicht verweigern eben wegen seiner Monopolstellung[4]). Zwar wird darauf von den Vertretern des Kontrahierungszwanges erwidert, der Verwalter sei nicht identisch mit dem Gemeinschuldner und auch nicht dessen Vertreter, er verlange vielmehr den Abschluß eines neuen Vertrages „kraft eigenen Rechtes", dabei gibt man aber dem Konkursverwalter eine solch gesonderte Stellung, wie sie nicht anerkannt werden kann. Man darf getrost der herrschenden Ansicht folgen und in dem Konkursverwalter nicht einen „Vertreter" des Gemeinschuldner erblicken, darum ist er aber nicht etwa ein „Dritter" — wie es das Oberlandgericht Hamm annehmen will[5]) — im Verhältnis zu den Konkursgläubigern, ein gewisser Zusammenhang, eine gewisse Einheitlichkeit zwischen seinen Geschäften und denen des Gemeinschuldners läßt sich nicht verkennen, werden doch alle Geschäfte nur in Bezug auf ein und dieselbe Vermögensmasse vorgenommen[6]). Kann da das Werk zum Abschluß eines neuen Vertrages auf dem Wege des Kontrahierungszwanges gezwungen werden? Hueck[7]) muß selbst zugeben, „bei gewöhnlichen Lieferungsverträgen könne der Lieferant den Abschluß eines neuen Vertrages, durch den er die Aussicht auf volle Befrie-

---

1) Vgl. Staudinger, Einl. 9 vor § 145. — 2) Vgl. RG. in Recht 1908, Nr. 2918 S. 514. — 3) Vgl. Caesar in Holdh. Monatsschr. 1910 Bd. 19 S. 34 ff.; RLRK. § 433 Anm. 5d. — 4) Vgl. Dassel in Recht 1911 Sp. 436 ff.; LG. Mainz in Leipz. Zeitschr. 1912 Sp. 290. — 5) Vgl. Leipz. Zeitschr. 1913 Sp. 251 ff. — 6) Vgl. auch Jaeger in Leipziger Zeitschr. 1912 Sp. 297 (Zusatz). — 7) Vgl. Hueck S. 197.

digung hinsichtlich der Rückstände aus dem alten Vertrag verliere, in der Regel verweigern"; hiervon abweichend will er aber dann dieses Recht dem Lieferanten nicht zukommen lassen, der ein Monopol oder eine monopolartige Stellung inne hat. Wolle der Monopolbesitzer den Abschluß eines neuen Vertrages verweigern, so verstoße dies gegen die guten Sitten.

Huecks Ansicht ist insoweit zuzustimmen, als sie dann in der Weigerung eine Sittenwidrigkeit erkennt, wenn der Lieferant als Inhaber eines auch nur tatsächlichen Monopols den Vertragsabschluß verweigert, ohne daß ihm ein triftiger Grund zur Seite steht. Ganz abgesehen von der Ansicht Biermanns[1]), der das Vorliegen eines Kontrahierungszwanges in einem solchen Falle überhaupt verneint, weil „das bloße wirtschaftliche Bedürfnis noch keine Rechtsquelle sei", muß man aber bei der Frage, ob das Elektrizitätswerk abschließen müsse oder nicht, nicht nur die Lage des Strombeziehers, sondern auch die des Elektrizitätswerkes berücksichtigen. Maßgebend ist für die Entscheidung, ob man in der Weigerung des Elektrizitätswerkes dann einen Verstoß gegen die guten Sitten erblicken kann, wenn es sich auf das schon vorhandene Vertragsverhältnis beruft. Nimmt man an, es müsse auch beim Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrages immer auf den Vertragsantrag eingehen, so kann das Elektrizitätswerk — mit Ausnahme der Fälle, bei denen der Verwalter ausdrücklich in den alten Vertrag eintritt — trotz des langfristigen Vertrages niemals das Vorrecht des § 59 Ziffer 2 KO. genießen, insbesondere dann nicht, wenn — wie oben erwähnt — auch ein stillschweigender Weiterbezug durch den Verwalter nicht als Eintritt in das Vertragsverhältnis angesehen werden soll. Dieses Ergebnis ist offensichtlich nicht haltbar, denn, wie dem Elektrizitätswerk nicht immer eine b e v o r z u g t e Stellung zugesprochen werden kann, so wenig darf es auch i m m e r b e n a c h t e i l i g t werden, was nach der Ansicht Huecks geschehen würde.

Nipperdey[2]) hat in seinem anerkannten Werke über den Kontrahierungszwang unter Bejahung eines solchen aus § 826 BGB. die Verweigerung des Kontraktschlusses dann für unsittlich erklärt, „wenn jemand eine tatsächliche Monopolstellung hat, die er grundlos oder aus mißbilligenswerten Gründen ausnutzt, um einen anderen überhaupt von einer bestimmten Güterbewegung auszuschließen oder ihn nur unter Bedingungen zuzulassen, die als unangemessen, unerträglich für den Betroffenen und darum als unsittlich erscheinen". Im vorliegenden Fall will das Elektrizitätswerk den Abnehmer nicht von der Güterbewegung „ausschließen", sondern ihn nur unter nach seiner Ansicht gesetzlich gegebenen Bedingungen (§§ 17, 59 Ziffer 2 KO.) zulassen. Seine Weigerungsmotive sind auch nicht „grundlos" oder „mißbilligenswert", denn es ist gar wohl verständlich, daß es sich nicht immer ohne weiteres mit einer Konkursdividende begnügen will, während doch alle anderen Lieferanten bei Eintritt des Konkursverwalters in den laufenden Vertrag ihre Forderungen als Masseschulden bezahlt bekommen. Es kann dem Werke nicht zugemutet werden, mit einem Abnehmer, der selbst eine völlige Vertragserfüllung seinerseits ablehnt, einen neuen Liefervertrag abzuschließen[3]), denn dies würde tatsächlich dazu führen, daß ein säumiger Schuldner ungeachtet der bestehenden Rückstände immer wieder den Abschluß eines neuen Vertrages verlangen könnte. Die Bedingung, von der das Elektrizitätswerk die Weiterlieferung des Stromes abhängig macht, nämlich die Begleichung

---

[1]) Vgl. Biermann S. 288. — [2]) Vgl. Nipperdey S. 61 ff.; vgl. auch RG. in JW. 1927 S. 788 ff. — [3]) Vgl. Weiberg S. 499 ff.; OLG. Celle in Leipz. Zeitschr. 1914 Sp. 694 ff.

der vorhandenen Rückstände als Masseschulden, erscheint ebenfalls nicht als „unangemessen" und „unerträglich" für den Abnehmer, denn es darf diesem, da er sich durch den einmaligen Bezug von Elektrizität auch zum Verpflichteten aus dem Sukzessivlieferungsvertrag gemacht hat, nicht zugebilligt werden, die in § 17 KO. gegebene Bestimmung umgehen zu können, umsoweniger, als er selbst bei der großen Bedeutung des Lieferungsgegenstandes auch ein umso größeres Interesse zeigen muß, daß ihm dieser nicht entzogen wird, indem er nämlich gerade diese Schulden pünktlich bezahlt[1]). Wägt man die Gründe ab, die auf Seiten des Abnehmers und des Elektrizitätswerkes für und gegen einen Kontrahierungszwang in diesem Falle sprechen, und berücksichtigt man dabei auch noch, daß das Elektrizitätswerk außer seiner zwar allgemein nützlichen Aufgabe regelmäßig auch die hat, seinen Betrieb möglichst gewinnbringend zu gestalten[2]), so können die Weigerung des Elektrizitätswerkes und die von ihm gestellten Bedingungen mangels anderer besonderer Gründe — solche lägen bei einer Stromverweigerung für ein Krankenhaus oder eine öffentliche Straße usw. vor — nicht als sittenwidrig bezeichnet werden. Hiermit entfällt aber auch ein Zwang auf Seiten des Elektrizitätswerkes, trotz des bestehenden Vertrages einen neuen mit dem Konkursverwalter abzuschließen. Vielmehr muß ihm, wenn man das Bestehen eines Sukzessivlieferungsvertrages annimmt, das Recht zugesprochen werden, den Konkursverwalter auf diesen zu verweisen[3]).

Ein „billiges Ergebnis", wie erstrebt, ist also in Wahrheit bei der Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages gar nicht zu erreichen, auch deckt sich der Begriff eines solchen nicht mit dem wahren Sachverhalt. Es fragt sich nun, ob die von Jaeger mit dem Ausdruck „Wiederkehrschuldverhältnis" belegte Vertragsart tatsächlich besteht, ob hier ein Vertrag vorliegt, bei dem „die Verpflichtungen der Parteien auf wiederkehrende Leistungen und Gegenleistungen gerichtet sind und kraft einer, wenn auch nur stillschweigenden Wiederholung des Vertragsabschlusses abschnittsweise neu entstehen".

II. Das Wiederkehrschuldverhältnis und die Widerlegung der gegen sein Bestehen vorgebrachten Gründe.

Die Ansicht Jaegers hat mehrfachen Widerspruch erfahren, und zwar sowohl von denjenigen, die unter Ablehnung eines Kontrahierungszwanges das Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrages bejahen[4]), als auch von Schriftstellern, die unter Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages eine Abschlußpflicht des Elektrizitätswerkes auf Grund des Kontrahierungszwanges behaupten[5]) Als dritte Gruppe von Gegnern kommen noch die Schriftsteller Zencke und Caesar[6]) in Betracht, nur stimmt bei ihnen der Ausdruck „Gegner" nicht mit der Stellung der übrigen überein. Sie vertreten nämlich selbst das Bestehen eines Wiederkehrschuldverhältnisses. Es bedarf zunächst noch keines Eingehens auf den Widerstreit der Ansichten

---

[1]) Vgl. Neff in Leipz. Zeitschr. 1927 Sp. 1091 ff. — [2]) Vgl. RG. in Recht 1909 Nr. 1304. — [3]) Vgl. OLG. Kiel in Leipz. Zeitschr. 1912 Sp. 287; LG. Mainz das. Sp. 290. — [4]) Vgl. Theißig Sp. 262 ff; Dr. Schwagmeier S. 43 ff.; Weiberg S. 499 ff. — [5]) Vgl. Hueck S. 197 ff; Niessen S. 58 ff. — [6]) Vgl. Zencke in JDR. Nr. 7 S. 259; Caesar in Holdh. Monatsschrift 1910 S. 34 ff.

zwischen Jaeger und Zencke (und dem mit diesen übereinstimmenden Caesar), da die jetzt zu prüfenden Gründe, die gegen das Wiederkehrschuldverhältnis geltend gemacht worden sind, sich gegen sie alle richten.

Bevor nun diese Gründe selbst aufgeführt werden, muß Jaegers Ansicht bezüglich des Wiederkehrschuldverhältnisses insofern klar gestellt werden, als Jaeger nicht etwa sagt, jeder Elektrizitätslieferungsvertrag sei ein Wiederkehrschuldverhältnis. Diese Erwähnung ist hier erforderlich, weil von den Gegnern Jaegers mehrfach ein Unterschied zwischen dem Sukzessivlieferungsvertrag und dem Wiederkehrschuldverhältnis verneint wird. Jaeger beschränkt seine Annahme des Wiederkehrschuldverhältnisses auf diejenigen Verträge mit wiederkehrenden Lieferungen, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden, während er Verträge, die eine Stromlieferung für eine bestimmte Zeit betreffen, den Regeln des Sukzessivlieferungsvertrages unterstehen läßt[1]), weil hier im Gegensatz zum Wiederkehrschuldverhältnis die Lieferdauer und mit ihr auch die Liefermenge bestimmt oder wenigstens bestimmbar sind. Ein Vertrag, in dem sich das Elektrizitätswerk zur Lieferung und der Bezieher zur Abnahme einer bestimmten oder nach den Umständen bestimmbaren Menge Elektrizität für eine bestimmte Zeitspanne verpflichten, ist also auch nach Jaeger ein Sukzessivlieferungsvertrag.

IIa. An diesem teilweisen Anerkennen als Sukzessivlieferungsvertrag knüpft Theißig[2]) seine Betrachtungen an und behauptet, wenn man mit Jaeger die fortlaufende Lieferung durch die periodische Ablesung, Rechnungserteilung und Bezahlung in Einzelverträge zerlege, so müsse man das auch dann tun, wenn nach Jaegers Ansicht ein Sukzessivlieferungsvertrag vorliege, weil hier meistens die Ablesungs- und Rechnungsperioden die gleichen wie bei dem Wiederkehrschuldverhältnis seien; es bestehe daher kein Unterschied zwischen den beiden Vertragsverhältnissen.

Diese Begründung ist jedoch nicht stichhaltig, um den Bestand des Wiederkehrschuldverhältnisses zu gefährden, denn das Ergebnis wird von einem unrichtigen Gesichtspunkte aus gewonnen. Wenn A. sich an das Stromnetz anschließen läßt, ohne eine Dauer des Vertrages zu vereinbaren, sein Nachbar, Fabrikbesitzer B., aber einen (unbestrittenen) Sukzessivlieferungsvertrag auf drei Jahre abschließt, so ist der Vertrag des A. nicht darum auch ein Sukzessivlieferungsvertrag für eine Dauer von drei Jahren, weil bei ihm und bei B. die Ablesungen, Rechnungserteilungen und Bezahlungen gleichzeitig erfolgen. Wenn zwei Vertragsverhältnisse in einem oder einigen Punkten Wesensähnlichkeit besitzen, so ist damit noch nicht gesagt, daß sie auch gleicher Natur sind. Theißig[3]) vermißt ferner eine Grenze zwischen dem Sukzessivlieferungsvertrag und dem Wiederkehrschuldverhältnis. Sie liegt an der Stelle, an der bei einer gegenseitigen Betrachtung der beiden Vertragsarten der Sukzessivlieferungsvertrag nach Menge und Zeit anfängt, wenigstens „bestimmbar" zu werden, d. h. in dem Augenblick, in dem sich bei Vertragsabschluß sagen läßt: etwa diese Mengen werden um ungefähr diese Zeiten Gegenstand der Lieferung sein. Und wenn Theißig sagt, „die jederzeitige fristlose oder kurz befristete Kündbarkeit unterbreche das Lieferungsverhältnis in keiner Weise, sondern erst die tatsächliche Kündigung führe die Beendigung herbei", so

[1]) Vgl. Jaeger in Leipz. Zeitschr. 1912 Sp. 294. — [2]) Theißig Sp. 259 ff. — [3]) a. a. O.

braucht man ihm nicht zu widersprechen, denn es ergibt sich nicht heraus, daß das Lieferungsverhältnis immer ein Sukzessivlieferungsvertrag sei oder was die Annahme eines Wiederkehrschuldverhältnisses falsch erscheinen ließe. Gerade das von Theißig berührte Gebiet der „Kündbarkeit" der Verträge bietet aber eine gute Gelegenheit, den Unterschied zwischen dem „einheitlichen" und dem „sich immer wieder erneuernden" Vertrage zu zeigen, und zwar anhand der Vorschriften über die Miete, der ausgiebigsten gesetzlichen Regelung für ein Dauerschuldverhältnis[1]). Man gehe dabei von folgendem Falle aus:

„X. vermietet sein Haus fest auf ein Jahr an Y.; der Mietzins wird vereinbarungsgemäß nach Monaten bemessen. Nach Ablauf dieses Jahres bleibt Y. ein weiteres Jahr ohne Widerspruch des X. und ohne einen neuen ausdrücklichen Vertragsabschluß wohnen".

Das Vertragsverhältnis gilt gemäß § 568 BGB. als auf unbestimmte Zeit verlängert, da beide Parteien einen entgegenstehenden Willen in der gesetzlichen Frist nicht erklärt haben. In diesem Sachverhalt sind zwei Arten von Mietverträgen enthalten, nämlich I. ein Mietvertrag auf bestimmte und II. ein solcher auf unbestimmte Zeit im Sinne des § 565 BGB., von denen der letztere nach dem Willen des Gesetzgebers als „Verlängerung" (§ 568 BGB.) des ersteren anzusehen ist. Welcher Unterschied besteht nun bezüglich der Kündigungsmöglichkeit zwischen den beiden? Für den Mietvertrag zu I. — ganz ohne die Verlängerung — bestimmt § 564 BGB., daß er mit Ablauf des einen Jahres zu Ende ist. Von einer Kündigung ist wegen der Bestimmtheit der Vertragsdauer nichts gesagt, und dies ist auch nicht erforderlich, da mit der Festsetzung des Vertragsendes ohne weiteres eine Kündigung als ausgesprochen anzusehen ist. Hier handelt es sich also um eine Kündigung, die, wenn auch unausgesprochen, weil gesetzlich festgelegt, von beiden Vertragsparteien ausgesprochen werden könnte (hier gilt: dies interpellat pro homine), dies aber — von den Fällen der vorzeitigen Kündigung abgesehen — nur ein einziges Mal, weil eben der Vertrag ein einheitliches Ganzes bildet. Anders verhält es sich aber bei dem Vertrag II. Er läuft zwar über die gleiche Zeitspanne, hat aber nicht denselben inneren Aufbau wie der erste Vertrag. Dieser ist, wie gesehen, nur einmal „kündbar", und zwar zum Endtermin, der zweite Vertrag hingegen ist zwölfmal (jeweils zum Ende des Monats) kündbar. Dies liegt in seiner besonderen Natur, nämlich darin, daß in Wirklichkeit der einmal, und zwar zum ersten Monat abgeschlossene Vertrag, der sich in seinen Bestimmungen wiederum auf den Vertrag zu I. stützt, mangels einer Kündigung für jeweils den nächsten Monat stillschweigend neu abgeschlossen wird. Man könnte hiergegen zwar einwenden, der Gesetzgeber habe in § 568 BGB. den Ausdruck „verlängern", nicht aber „wiederholen" gebraucht, was der hier wiedergegebenen Ansicht entspricht, dieser Gegengrund kann aber nicht durchdringen. Hätte der Gesetzgeber „wiederholen" gesagt, so wären damit nicht die Fälle getroffen worden, in denen auf einen für bestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag einer mit unbestimmter Dauer folgt, da die „Wiederholung" eines bestimmten Vertrages nicht unbestimmt sein kann. Wenn es sich bei dem Mietverhältnis zu II. nun um eine Wiederholung eines immer wieder auf einen weiteren Monat abgeschlossenen Vertrages handelt, so kann auch die nichterfolgte Kündigung nicht die Wirkung haben, daß diese zwölf Einzelverträge zu einem einheitlichen zusammengeschmolzen werden. Auch hier spielt eine ähnliche, bei der Ansicht des Vorliegens eines Sukzessivlieferungs-

1) Vgl. Gierke S. 394.

vertrages abgelehnte „Bestimmbarkeit" eine gewisse Rolle. Bei dem Vertrag zu II. kann keine der Parteien sagen, wann das Mietverhältnis zu Ende geht, denn daß das Verhältnis ebenfalls nur ein Jahr dauert, steht erst im letzten Monat mit erfolgter Kündigung fest. Nach Ablauf des jeweiligen Kündigungstages wissen die Parteien nur, daß das Vertragsverhältnis auch noch im nächsten Monat bestehen wird, darüber hinaus ist aber jede der beiden völlig im ungewissen, ob die andere den Vertrag noch längere Zeit fortsetzen will oder nicht. Hier ergibt sich also das gleiche Bild wie bei einem Elektrizitätslieferungsvertrag auf unbestimmte Zeit.

Theißig bezeichnet auch die ständige Beendigung und Wiedererneuerung des Vertrages als eine „durchaus unnatürliche", worin der Grund für das Unnatürliche aber liegen soll, sagt er nicht. Ein unnormales Rechtsgebilde ist nicht vorhanden, oder will man auch den Fall als unnatürlich bezeichnen, wenn eine Hausfrau wöchentlich am Samstag in ein Buttergeschäft geht und ihren Bedarf für die kommende Woche deckt, indem sie jedesmal ein Pfund Butter kauft? Hier liegt doch zweifelsohne eine Summe von Einzelverträgen vor, die sich immer wieder erneuern, ohne daß etwas naturwidriges dabei gefunden werden könnte. Die Hausfrau schließt Verträge ab, die ihrem jeweiligen Bedarf entsprechen und nicht anders ist es bei der Stromlieferung. Der Unterschied zwischen den beiden angeführten Verträgen liegt nicht in der Vertragsart, sondern nur darin, daß entgegen dem Butterkauf bei der Stromlieferung infolge der Natur des Vertragsgegenstandes eine einmalige Uebergabe und Uebereignung nicht möglich ist. Man denke hier an den Fall des Gasautomaten, den man noch häufig finden kann und bei dem sich der Bezieher durch Einwurf einer Gasmarke eine bestimmte Menge Gas kauft. Will man sich den Vorgang ähnlich dem Butterkauf bildlich vorstellen, so denke man sich ihn derart, daß nach Einwurf der Mark ein cbm Gas in ein in der Wohnung des Beziehers befindliches Behältnis strömt. Da das Behältnis diesseits des Gasmessers liegt und das Gas durch diesen bereits geflossen ist, so ist das Eigentum an der betreffenden Menge auf den Konsumenten übergegangen[1]) und dieser kann nun nach seinem Belieben — wie die Hausfrau mit der Butter — wirtschaften. Praktisch verhält sich die Sache nun so, daß der Behälter fehlt, an seine Stelle vielmehr die Gasröhren treten und daß nach Durchfließen der gekauften Menge Gas durch die mit dem Automaten verbundene Uhr die Lieferung auf Grund des Kaufes beendet ist. Mit dem Einwurf einer neuen Marke wird dann auch ein neuer Vertrag abgeschlossen. Hier findet also auch eine ständige Beendigung und Wiedererneuerung statt, ohne daß etwas „Unnatürliches" dabei vorhanden ist. Und ebenso wenig ist dies der Fall, wenn Kaufverträge über größere Mengen deren Umfang von Ablesung zu Ablesung bestimmt wird, abgeschlossen werden. Wenn die Zahlung des Kaufpreises hier erst nachträglich erfolgt, so liegt dies eben daran, daß erst mit der zweiten Ablesung die bestimmte Kaufmenge und somit der Kaufpreis bekannt wird. Naturwidrig sind darum diese Verträge nicht.

Jaeger hat nun in seinem Aufsatze auch die Miete auf unbestimmte Zeit als Wiederkehrschuldverhältnis der Stromlieferung in Parallele gesetzt und diesen Vergleich hat Theißig aufgegriffen, um durch die Unhaltbarkeit desselben das Bestehen eines Wiederkehrschuldverhältnisses zu verneinen. Seine diesbezüglichen Ausführungen, die zunächst das Kündigungsrecht des Vermieters bei Zinsrückständen betreffen (§ 554 BGB.), endigen mit den Worten[2]): So „würde die

---

[1]) Vgl. Witthoff in DJZ. 1903 S. 149 ff. — [2]) Vgl. Theißig Sp. 260.

Rechtslage der Werke bei Jaegers Auffassung sehr viel ungünstiger sein als die des Vermieters, und es kann daher keine Rede davon sein, daß die Gleichheit der eintretenden Rechtslage die Gleichstellung von Gas-, Strom- und Wasserlieferungsverträgen mit den Miet- und Pachtverträgen rechtfertigt". Das heißt mit anderen Worten, der Stromlieferer dürfe im Konkurs nicht schlechter gestellt werden als der Vermieter, was aber bei der Auffassung der Stromlieferung als mietähnliches Wiederkehrschuldverhältnis geschehe. Diese Aufführungen stimmen vollständig, aber die Schlußfolgerung Theißigs, deshalb sei die Bewertung der Elektrizitätslieferungsverträge als Wiederkehrschuldverhältnisse nicht angängig, ist hinfällig, denn Theißig hat dabei übersehen, daß für Vermieter insofern ein besonderes Recht geschaffen ist. Wie diese schon gemäß der Bestimmung des § 559 BGB. gegenüber den Gläubigern aus anderen Verträgen einen gesetzlich geschaffenen Vorzug genießen, so wurden ihre besonderen Verhältnisse auch in der Konkursordnung berücksichtigt. Weil diese Verträge Dauerschuldverhältnisse sind, deren Erfüllung kraft Gesetzes (§§ 19, 20 KO.), also auch ohne Verlangen des Konkursverwalters für die Zeit nach Konkursbeginn zu erfolgen hat, hat der Gesetzgeber beiden Teilen ein besonderes Recht zur Kündigung gegeben. Außerdem folgt aus § 559 BGB. in Verbindung mit § 49 Ziff. 2 KO. für den Vermieter ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung hinsichtlich der vorhandenen Rückstände. Zwar handelt es sich bei einem Elekritizitätslieferungsvertrag als Wiederkehrschuldverhältnis ebenfalls um ein Dauerschuldverhältnis, diesem hat der Gesetzgeber aber kein Vorzugsrecht zugesprochen — wohl, weil bei Beschaffung des Gesetzes an die Möglichkeit eines solchen Vertragsverhältnisses nicht gedacht wurde. Für diese Verträge bewendet es mangels einer besonderen Bestimmung bei der Vorschrift des § 17 KO.[1]) Wenn nun tatsächlich das Elektrizitätswerk als Vertragspartei eines Wiederkehrschuldverhältnisses eine schlechtere Stellung als ein Vermieter innehat, so liegt das an dem Fehlen einer entsprechenden besonderen Bestimmung in der Konkursordnung, nicht aber an der Natur des Wiederkehrschuldverhältnisses. Dieses Schlechterstehen des Elektrizitätswerkes trifft aber zudem auch bei dem von Theißig verteidigten Sukzessivlieferungsvertrag zu, denn auch hier fehlt es an einer gesetzlich gegebenen Kündigungsmöglichkeit oder einem Vorzugsrecht ähnlich wie bei dem Mietvertrag. Aus der Bevorzugung des Vermieters im Verhältnis zu den Elektritäts-, Gas- und Wasserwerken kann somit kein Schluß auf eine Unhaltbarkeit des Wiederkehrschuldverhältnisses gezogen werden und der auf diese Weise angestellte Versuch Theißigs nicht von Erfolg begleitet sein.

IIb.

Einen weiteren Gegner hat die Jaegersche Ansicht in Hueck gefunden. Wie oben schon erwähnt, will er unter Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages „ein Mittel" zur Beseitigung der sich im Falle des Konkurses ergebenen Unbilligkeit in dem Kontrahierungszwange finden, was jedoch schon abgelehnt worden ist. Im Zusammenhang mit der Widerlegung der von Theißig gemachten Ausführungen muß nochmals auf ihn zurückgekommen werden, denn auch Hueck spricht sich unter anderem dahin aus, die von Jaeger behauptete Unterscheidung zwischen dem Einheits- und dem Wiederkehrschuldverhältnis sei

---

1) Vgl. Jaeger Komm. § 17 Anm. 18b.

nur eine willkürliche[1]). Ihm muß im allgemeinen dasselbe wie das bei Thießig Gesagte entgegen gehalten werden, daß nämlich die Grenze an dem Punkt liegt, wo nach einer bisherigen gänzlichen Unbestimmbarkeit sich bei Vertragsabschluß feststellen läßt, daß etwa diese Menge in etwa dieser Zeitspanne zu liefern bezw. zu empfangen ist. Hueck[2]) hat selbst einen Fall gebildet, und an diesem soll nun nochmals, und zwar etwas weiter ausholend, die praktische Bedeutung des von Jaeger gezogenen Unterschiedes gezeigt werden. Huecks Beispiel lautet: Die Parteien schließen einen Vertrag auf Lieferung von hundert Tonnen Kohlen monatlich, der inkraft bleiben soll, bis ein Teil mit Frist von drei Monaten kündigt. Dem stellt er einen Vertrag gegenüber, der, im übrigen gleich, aber auf drei Jahre fest abgeschlossen ist, und fährt fort: . . . . „und es ist nicht einzusehen, warum im ersteren Fall die Konkursmasse günstiger gestellt werden sollte, warum der Konkursverwalter dort das Recht zum teilweisen Eintritt in den Vertrag erhalten soll, das ihm hier (bei dem zweiten Vertrag) nicht zusteht". Die Frage Huecks ist schnell beantwortet: Im ersten Beispiel hat sich der Gemeinschuldner mangels einer sofort ausgesprochenen Kündigung bisher nur zu einem dreimonatlichen Bezuge, das sind also 300 Tonnen, in dem zweiten Beispiel zu einem sechsunddreißigmonatlichen Bezuge, das sind 3600 Tonnen, also 3300 Tonnen mehr, verpflichtet. Muß da nicht die Konkursmasse bei dem ersten Vertrage besser gestellt werden als bei dem zweiten? Je weniger Verpflichtungen der Masse anhaften, desto besser muß sie stehen und umgekehrt darf ein Konkursgläubiger, der einen Vertrag auf unbestimmte Zeit mit dem Gemeinschuldner abgeschlossen hatte, nicht den gleichen Vorteil genießen wie der Konkursgläubiger, dessen Ansprüche einem festumgrenzten Vertrag entspringen. Man baue Huecks Fall in einer Weise aus, die im täglichen Leben häufig genug vorkommt, und nehme an, beide Gläubiger hätten mit Rücksicht auf die geschlossenen Verträge eine kostspielige Förderanlage angeschafft und nun verweigere der Abnehmer grundlos die Annahme der Kohlen. Beiden Gläubigern entsteht hierdurch ein großer Schaden; wollen sie den Schuldner dafür haftbar machen, so kann dieser dem ersten Gläubiger immer entgegenhalten, dieser habe bei der Unbestimmtheit der Vertragsdauer mit einer baldigen Kündigung rechnen müssen. Bei dem zweiten Gläubiger dringt er mit diesem Einwande nicht durch, denn jener kann sich darauf berufen, daß die Vertragsdauer festgelegt sei und sie ihm bei Weitererfüllung und -abnahme unter Umständen eine Amortisation der Anlageunkosten gebracht hätte. Wenn Hueck nun aber noch fragt[3]), warum der Konkursverwalter in dem ersten Vertrage das Recht zum „teilweisen Eintritt" in den Vertrag erhalten solle, so übersieht er dabei, daß bei dem Wiederkehrschuldverhältnis im Sinne Jaegers ein „teilweiser" Eintritt in einen Vertrag gar nicht vorliegt, vielmehr ein völliger, mit allen gesetzlichen Folgen verknüpfter Eintritt in die gerade laufende Lieferungsperiode, d. h. in den zeitlich und der Menge nach begrenzten (Sukzessiv-) Lieferungsvertrag.

Auch die übrigen Ausführungen Huecks[4]), die Unterscheidung zwischen dem Sukzessivlieferungsvertrag und dem Wiederkehrschuldverhältnis finde im Gesetz keine Grundlage und die Berechnung der einzelnen Zeitabschnitte, für die der Vertrag als einheitlich anzusehen wäre (Jaegers „Lieferungsperiode"), ob nach Zahlungsterminen oder Kündigungsfristen, hänge von Zufälligkeiten ab, sind nicht geeignet, den Bestand des Wiederkehrschuldverhältnisses zu gefährden[5]). Daß

---

[1]) Vgl. Hueck S. 196. — [2]) Ders. S. 196. — [3]) und [4]) a. a. O. — [5]) Vgl. auch LG. Bautzen in JW. 1927 Bd. III S. 2476.

der Unterschied zwischen dem Sukzessivlieferungsvertrag und dem Wiederkehrschuldverhältnis im Gesetz keine ausdrückliche Grundlage findet, ergibt sich schon daraus daß beide Vertragsarten keine gesetzliche Regelung gefunden haben. Wahrscheinlich hat der Gesetzgeber sogar eher an eine Häufung mehrerer gleichartiger und selbständiger Verträge, was dem Wiederkehrschuldverhältnis sehr nahekommt, gedacht, in der Annahme, entsprechende Vorschriften gegeben zu haben, als an das mehr abseits liegende Gebilde des Sukzessivlieferungsvertrages. Die Berechnung der einzelnen Zeitabschnitte hängt aber nicht von Zufälligkeiten ab, sondern von dem Vertragswillen der Parteien; ob sie nach Zahlungs- oder Kündigungsfristen vorzunehmen ist, ergibt sich jeweils aus dem einzelnen Vertragsverhältnis, das sich die Parteien in seinen Einzelheiten auf Grund der bestehenden Vertragsfreiheit gestalten können, wie sie wollen, im gleichen Maße wie beim Sukzessivlieferungsvertrag die Vereinbarung, in welcher Art die Zahlung des Kaufpreises erfolgen soll. Wenn sich auch keine Regel darüber aufstellen läßt, wie die Berechnung der einzelnen Verträge bei allen Wiederkehrschuldverhältnissen zu erfolgen hat, so ergibt sich hieraus doch nicht, daß es kein Wiederkehrschuldverhältnis gäbe

Hueck[1]) hat in seiner Ablehnungsbegründung ein weiteres Beispiel gebildet, anhand dessen er zeigen will, daß die Unbilligkeit — deren Beseitigung er anstrebt — mit der Annahme eines Wiederkehrschuldverhältnisses im Falle des Konkurses nicht verschwinde. Er führt aus: ..... „bestände in einem bestimmten Bezirk ein Monopol für Kohlenlieferung, derart, daß nur eine bestimmte Stelle in diesem Bezirk Kohlen verkauft, diese dann natürlich aber unter denselben Bedingungen auch an alle Abnehmer gleichmäßig liefern muß, eine Annahme, die der Krieg leicht verwirklichen kann, so ergibt sich für die Anwendung des § 17 KO. genau die gleiche Unbilligkeit wie beim Gaslieferungsvertrag, ganz gleichgültig, ob der Kohlenlieferungsvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist oder die Lieferung einer bestimmten Menge in bestimmter Frist zum Gegenstand hat". Auch in diesen Worten ist eine Widerlegung der Ansicht, es gäbe ein Wiederkehrschuldverhältnis, nicht enthalten, denn Hueck spricht selbst nur von einer gleichen Unbilligkeit. Es ist richtig, daß diese Unbilligkeit nicht ohne weiteres mit der Annahme eines Wiederkehrschuldverhältnisses aus der Welt geschafft ist, aus der gleichen Unbilligkeit kann man aber nicht auf eine gleiche „Vertragsart" rückschließen. Auch bei dem Wiederkehrschuldverhältnis spielt die Monopolstellung des Elektrizitätswerkes eine gewisse Rolle, daß sie aber dann von anderer Bedeutung und Wirkung ist, als bei einem Sukzessivlieferungsvertrag, wie sie oben aufgeführt worden ist, wird noch später zu behandeln sein. Das letzte von Hueck herangezogene Beispiel ist insofern auch irreführend als die Hervorhebung der Unbilligkeit den Anschein erwecken kann, Jaeger habe nur für die Fälle, in denen eine der Vertragsparteien eine Monopol- oder eine monopolartige Stellung inne habe, das Bestehen eines Wiederkehrschuldverhältnisses bejaht. Dieses stimmt aber nicht, denn die Jaegerschen Ausführungen sind nur zufällig im Anschluß an die erwähnten Gerichtsentscheidungen gemacht worden, in denen eine Partei Monopolinhaber war. Von anderen Fällen des Wiederkehrschuldverhältnisses wird noch weiter unten die Rede sein.

Im bisherigen Teile der Abhandlung ist zwar schon für den zuerst gegebenen Fall des Strombezuges durch A. das Bestehen eines Sukzessivlieferungsvertrages, d. h. eines einheitlichen Schuldverhältnisses, abgelehnt worden; dieser Punkt muß aber hier kurz noch einmal

---

1) Hueck S. 197.

behandelt werden, denn Dr. Schwagmeyer[1]) glaubt in seinem Aufsatze einfach unter Berufung auf eine ältere Entscheidung des Reichsgerichtes (RGZ. 39, 58) die Einheitlichkeit des, d. h. eines jeden Stromlieferungsvertrages feststellen zu können. Da Dr. Schwagmeier es an einer weiteren Begründung bezw. einer Widerlegung des Wiederkehrschuldverhältnisses fehlen läßt, so braucht nur die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts Berücksichtigung zu finden. Vergleicht man den hier zu Grunde gelegten Fall mit dem von Dr. Schwagmeyer herangezogenen Satze des Reichsgerichtsurteils, so kann gar wohl der Eindruck erweckt werden, das Reichsgericht habe unbewußt —, denn damals (im Jahre 1897) war der Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses noch nicht aufgetaucht, — das Bestehen eines solchen verneint, indem es die „Einheitlichkeit" dieser Verträge bejaht hat. Der Satz lautet: „Ein Lieferungsvertrag, durch welchen der Verkäufer zu periodischen Leistungen verpflichtet wird, darf, selbst wenn aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Kontrahenten oder aus der Natur des zu leistenden Gegenstandes sich ergibt, daß die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten teilbar ist, keineswegs rechtlich so behandelt werden, als hätten die Parteien soviel einzelne Verträge abgeschlossen, als Lieferungen erfolgen sollen". Der Eindruck wäre jedoch ein falscher, denn dem von dem Reichsgericht entschiedenen Rechtsstreite lag ein ganz anderer Sachverhalt zu Grunde als in dem hier angezogenen Falle. In letzterem ist die Dauer und die Menge des Vertragsgegenstandes völlig unbestimmt, das Reichsgerichtsurteil betraf aber einen Vertrag, in dem diese wesentlichen Merkmale von vornherein feststanden, denn dort war die Beklagte verpflichtet: „30 Waggons Kohlen auf Abruf für das Jahr 1895 sukzessiv zu liefern". Es handelte sich dort also um einen Sukzessivlieferungsvertrag im wahren Sinne, wie die obigen Ausführungen ergeben haben. Das Reichsgericht hat sich somit nicht gegen das Wiederkehrschuldverhältnis ausgesprochen, wie Dr. Schwagmeyer annimmt; im Gegenteil hat es in einem späteren Urteile (RGZ. 87, 38) dahin erkannt, daß dann kein einheitlicher Vertrag vorliegt, wenn die Dauer der Bindung einer Partei unbestimmt ist. Der Ansicht Dr. Schwagmeyers ist insofern nicht zuzustimmen, als er den betreffenden Satz des Reichsgerichtsurteils auf alle Stromlieferungsverträge angewendet wissen will; es ist ihm zuzugeben, daß der von ihm angeführte Satz bei einem Stromlieferungsvertrag anwendbar ist, der einen gleichen oder ähnlichen Charakter wie der Vertrag hat, welcher der Reichsgerichtsentscheidung zu Grunde lag, d. h. dann, wenn ein Sukzessivlieferungsvertrag gegeben ist — daß dies möglich und je nach Lage des Falles richtig ist, wird noch später erörtert werden — handelt es sich aber um ein Lieferungsverhältnis, bei dem die Dauer und die Menge der Lieferung bei Vertragsabschluß nicht feststehen, so kann der Ausspruch des Reichsgerichts keine Verwendung finden, es sei denn beim Vergleich der beiden angeführten Entscheidungen wegen der Bestimmtheit von Zeit und Menge im entgegengesetzten Sinne, als es der Absicht Dr. Schwagmeyers entspricht.

IIc.

Auch Niessen greift in seinem Buche die Lehre Jaegers vom Wiederkehrschuldverhältnis an. Er bringt dieselben Gründe wie Theißig und Hueck vor und sagt u. a., ebenfalls, bei der Annahme eines Wiederkehrschuldverhältnisses könne der Konkursverwalter sein Erfüllungsbegehren entgegen der ausdrücklichen Vorschrift des § 17 KO. auf

[1]) Dr. Schwagmeyer S. 44 ff.; ebenso Weiberg S. 499 ff.

einen Teil des Vertrages beschränken. Daß diesen Ausführungen nicht beizutreten ist, ist im obigen schon dargelegt worden, eine besondere Erwähnung Niessens ist aber darum von Interesse, weil sich bei ihm verschiedene Widersprüche finden, die der hier vertretenen Ansicht zustatten kommen.

Nimmt man das Bestehen eines Wiederkehrschuldverhältnisses an, so ergibt sich im Falle der Konkurseröffnung zu Beginn einer Rechnungsperiode für den Konkursverwalter die Lage, daß er, wenn er weiter Strom bezieht, in den zwischen dem Gemeinschuldner und dem Elektrizitätswerk geschlossenen Vorvertrag eintritt. Es handelt sich also um einen Eintritt in den Vorvertrag, nicht aber um einen Sukzessivlieferungsvertrag. Niessen[1]) sagt nun bei seiner Widerlegung des Wiederkehrschuldverhältnisses, wenn der Verwalter weiter Strom verlange, so trete er eben in den vom Gemeinschuldner geschlossenen Hauptvertrag ein, andererseits will er aber selbst[2]) unter Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages dem Konkursverwalter die Möglichkeit einräumen, so in den Vertrag einzutreten, daß er sich nur für die Zukunft verpflichte. Warum sollte diese Möglichkeit bei dem Wiederkehrschuldverhältnis nicht bestehen? Was bei dem Sukzessivlieferungsvertrag recht ist, muß auch beim Wiederkehrschuldverhältnis billig sein!

Niessen[3]) stellt dabei dem „Vorvertrag" den „Grundvertrag" gegenüber und macht die Unterscheidung, ein Vorvertrag umfasse den Inhalt des Hauptvertrages, in dessen Erfüllung er aufgehe, so vollständig, daß alle für den Hauptvertrag wesentlichen Erfordernisse in ihm festgestellt seien und sich unter Umständen ein Erfüllungszwang aus ihm ergebe, während andererseits ein Grundvertrag viel allgemeiner gefaßt sei und ein Erfüllungszwang ihm nicht entspringe. Da letzteres bei den Vereinbarungen, die den Hauptverträgen auf Lieferung von Elektrizität vorangehen, fehle, so handle es sich nicht um „Vorverträge", sondern um „Grundverträge". Jaeger hat in seiner Abhandlung neben der Bezeichnung „Vorvertrag" auch die Ausdrücke „Mantel- und Rahmenvertrag" gebraucht, hat aber wohl keinen besonderen Wert auf die Art des Namens gelegt. Auch von anderer Seite[4]) wurde vielfach die Bezeichnung „Vorvertrag" angewendet, die Unterscheidung Niessens ist aber richtig, und man spricht deshalb besser hier von einem Grundvertrag, da, soweit es sich um den von A. abgeschlossenen Elektrizitätslieferungsvertrag[5]) handelt, eine Abnahmepflicht des Beziehers nicht besteht. (Darüber, daß das Wiederkehrschuldverhältnis sich aber auch auf einem „Vorvertrag" aufbauen kann, wird noch später zu sprechen sein.)

In der weiteren Ausführung über den Grundvertrag schreibt Niessen sodann wörtlich[6]): „Die einzelnen Entnahmen bestimmen die einzelnen Kaufverträge. Der Grundvertrag faßt diese einzelnen Verträge in manchen Beziehungen zu einer Einheit zusammen, vor allem in der Richtung, daß die einzelnen Verträge eines Zahlungsabschrittes hinsichtlich der Bezahlung als ein einheitlicher Vertrag erscheinen". Damit sagt Niessen eigentlich selbst, daß es ein Wiederkehrschuldverhältnis gebe, denn er spricht von einzelnen Verträgen, während bei dem Sukzessivlieferungsvertrag doch Leistungen und Gegenleistungen einem einheitlichen Hauptvertrage entspringen; später faßt Niessen selbst aber alle Einzelverträge und Zahlungsabschnitte zu einem Sukzessivlieferungsvertrag zusammen. Die richtige Folgerung

---

1) Niessen, S. 58. — 2) Ders. S. 60/43. — 3) Ders. S. 52. — 4) Vgl. Zencke in JDR. Nr. 7 S. 259 Nr. 9; Caesar in JDR. Nr. 9 S. 134 Nr. 4. — 5) Siehe hier Seite 10. — 6) Vgl. Niessen S. 54.

zieht Niessen aber nicht, nämlich die, daß ein Grundvertrag zwar einmal vorhanden ist, dieser jedoch mit dem erstmaligen Strombezug verschwindet, denn, da doch alle nun folgenden Entnahmen von Strom innerhalb eines einzigen (Sukzessivlieferungs-) Vertrages liegen, so kann neben diesem kein Platz mehr für einen Grundvertrag vorhanden sein. Wenn das Elektrizitätswerk zunächst durch die Vereinbarungen im Grundvertrag zur Lieferung von Elektrizität verpflichtet war, so rührt nunmehr seine Schuld aus dem zweiseitig verpflichtenden Sukzessivlieferungsvertrag her, der — ein Hauptvertrag — die nur vorläufige vertragliche Regelung überflüssig macht, da er ja nun doch alle Lieferungen umfaßt. Es wird auch nicht etwa einem Elektrizitätswerk einfallen, ausdrücklich das Weitergelten des Grundvertrages zu vereinbaren, damit ein eventuell später auftretender Konkursverwalter, der den bisherigen Vertrag auf sich beruhen läßt, sich den Grundvertrag mit vielleicht sogar vorhandenen Vorrechten zunutze machen könnte.

Bei der Unterscheidung zwischen dem Vor- und dem Grundvertrag bestreitet nun Niessen das Vorliegen von Vorverträgen, weil in ihnen alle Erfordernisse der Hauptverträge festgelegt sein müßten, und sagt, gerade daran fehle es hier, weil die Willkür des Abnehmers „die Bestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes nach objektiven Anhalten aufhebe". Einen Vorvertrag lehnt Niessen als wegen Fehlens der „Bestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes" ab und nimmt einen Grundvertrag an. Nach der eigenen Ansicht Niessens geht nun dieser Grundvertrag mit dem Beginn der Stromentnahme in einen Sukzessivlieferungsvertrag über. Ist denn bei oder kurz nach diesem Uebergang etwa die Menge des Vertragsgegenstandes „bestimmbar"? Doch ebensowenig als bei dem abgelehnten Vorvertrag! Hätte Niessen das, was er bezüglich des Vorvertrages ausgeführt hat, auch bei der Behandlung des Wiederkehrschuldverhältnisses berücksichtigt, so wäre er übereinstimmend mit der diesseits vertretenen Ansicht zur Ablehnung des Sukzessivlieferungsvertrages gelangt, da es auch bei dessen Zustandekommen in den hier berücksichtigten Fällen noch an einer Bestimmbarkeit fehlt und keine der beiden nunmehr verpflichteten Parteien weiß, was sie zu fordern und zu leisten hat.

IId.

Die bisher gegen das Wiederkehrschuldverhältnis vorgebrachten Gründe sind also nicht geeignet, die Ansicht Jaegers zu widerlegen, und es bleibt jetzt nur noch ein Einwand übrig; aber auch dieser schlägt nicht durch. Er ist[1]) auf die Behauptung gestützt, bei Anknüpfung der ersten vertraglichen Beziehungen (Grundvertrag) zwischen den Parteien könne es niemals die Absicht des Elektrizitätswerkes sein, sich mit der bloßen Aussicht auf Geschäftsabschlüsse zu begnügen, sondern das Elektrizitätswerk wolle den Bezieher von vornherein auch zur Abnahme verpflichten. Dieser Angriff richtet sich in Wahrheit mehr gegen die Annahme eines Grundvertrages als gegen den eigentlichen Lieferungsvertrag und trifft somit außer der Ansicht vom Wiederkehrschuldverhältnis auch die, es liege ein Sukzessivlieferungsvertrag vor, denn auch hier wird ein Grundvertrag — meist „Vorvertrag" bezeichnet — anerkannt[2]) demzufolge das Werk auf Verlangen des Beziehers zur Lieferung verpflichtet ist. Hier interessiert der Einwand aber nur insoweit, als er sich gegen das Wiederkehrschuldverhältnis richtet. Zu ihm ist im allgemeinen zu sagen, daß es selbstverständlich nicht die Absicht des Elektriztiätswerkes sein kann, sich selbst zu verpflichten und dabei das tatsächliche Zustandekommen

1) Weiberg S. 499 ff.; vgl. auch OLGE. (Braunschweig) 27, 243 ff.
2) Vgl. Niessen S. 52; Hueck S. 11 ff.

des oder der Hauptverträge und die Pflicht zur Gegenleistung allein in die Willkür des Beziehers zu stellen. Diese „Willkür" ist aber heutzutage nur theoretisch vorhanden, praktisch nicht. Wenn sich heute jemand ein Haus baut und die entsprechenden Zuleitungen legen läßt, so kann bestimmt damit gerechnet werden, daß er auch Strom bezieht und nicht etwa die meist übliche Zählermiete unnötig bezahlt. Bei den derzeitigen Verhältnissen brennt in fast jedem Hause elektrisches Licht, da dieses zu einer Lebensnotwendigkeit geworden ist. Man betrachte sich nur die in den letzten Jahren aufgeführten Neubauten: fast überall fehlen dort selbst die Röhren zur Zuleitung von Leuchtgas, wie sie in älteren Häusern noch vorhanden sind. Elektrizität ist das heute allgemein übliche Beleuchtungsmittel und es kann unter diesen Umständen mit gutem Gewissen nicht behauptet werden, das Elektrizitätswerk müsse sich bei Abschluß des üblichen Vertrages „nur mit der Aussicht" auf Stromlieferung und -entnahme begnügen. Schließt das Elektrizitätswerk einen Grundvertrag ab, so weiß es — von ganz besonderen Ausnahmefällen abgesehen —, daß es bei dem Grundvertrag allein nicht bleiben wird. Ueber die rechtliche Natur des Hauptvertrages wird aber meist keine Bestimmung getroffen; dem Bezieher werden die Lieferungsbedingungen vorgelegt und ihnen hat er sich zu fügen. Dabei denken beide Parteien nicht darüber nach, ob sie nun einen Sukzessivlieferungsvertrag oder ein Wiederkehrschuldverhältnis abschließen. Wollte das Elektrizitätswerk aber etwa von einem Bezieher den Abschluß z. B. eines Sukzessivlieferungsvertrages auf fünf Jahre verlangen, so würde dieser — in Kenntnis dessen, welche Verpflichtung er damit einginge — sich wohl hüten, den Vertrag so abzuschließen, da er selbst unter Umständen noch nicht wissen kann, ob er so lange in der Wohnung bleiben und ihm die Möglichkeit gegeben sein wird, die dem Vertrag auch nur ungefähr zu Grunde gelegte Menge Strom zu beziehen. Die Vereinbarungen gehen vielmehr regelmäßig und mit Ausnahme der Fälle, in denen tatsächlich ein Sukzessivlieferungsvertrag gegeben ist, dahin, daß das Elektrizitätswerk bei Bedarf des Abnehmers Strom zu liefern und dieser den bezogenen Strom nach dem jeweils geltenden Preise zu bezahlen hat.

Obendrein widerspricht eine eventuell doch vorhandene Abnahmeverpflichtung des Beziehers nicht der Annahme eines Wiederkehrschuldverhältnisses. Diese Verpflichtung des Beziehers darf dabei nur nicht auf die Pflicht einer Partei aus einem Sukzessivlieferungsvertrag hinauslaufen. Solche Fälle von Stromlieferungsverträgen[1]) sind im Verhältnis zu den übrigen wohl selten, es sei darum folgendes Beispiel angeführt: Fabrikbesitzer X. schließt mit einem Elektrizitätswerke einen Vertrag, in dem er sich gegenüber der Bindung des Werkes zur Abnahme von 10 000 kwst. Strom in jedem Monat verpflichtet; für wie lange Zeit der Vertrag gelten soll, ist nicht gesagt, nur eine Kündigungsfrist ist vereinbart. Hier handelt es sich zunächst einmal um keinen Grundvertrag, sondern um einen „Vorvertrag". Während nämlich das Vorliegen eines solchen bei dem obigen Sachverhalte wegen der „Unbestimmbarkeit" und dem fehlenden „Erfüllungszwang" zu verneinen war, besteht hier im Gegensatz zu dort ein Vorvertrag mit allen seinen Merkmalen, denn die Lieferungsmenge ist hier für je einen Monat bestimmt und aus der Verpflichtung des X. steht dem Elektrizitätswerk auch ein klagbarer Anspruch zu. (Die von Niessen aufgestellte Behauptung, es handle sich bei diesen Verträgen nicht um „Vorverträge", sondern um „Grundverträge", trifft also nur dann zu,

---

1) Bei anderen Wiederkehrschuldverhältnissen (vgl. das Beispiel Huecks, a. a. O. S. 10) sind diese Fälle häufiger.

wenn wie in dem ersten Beispiele des Strombezuges durch A. eine Abnahmeverpflichtung des Beziehers nicht gegeben ist.) Anderseits ist aber für den jetzt in Frage kommenden Fall des Strombezuges durch X. zu sagen, daß trotz der Bestimmung einer monatlichen Abnahme von 10 000 kwst. und der Bezugsverpflichtung des X. kein Sukzessivlieferungsvertrag, sondern ein Wiederkehrschuldverhältnis vorliegt, denn die Verbindlichkeiten der Parteien sind nicht — wie beim Sukzessivlieferungsvertrag — ein für allemal fest begründet, sondern entspringen den auf dem Vorvertrag fußenden, mangels einer Kündigung stillschweigend erfolgenden neuen Vertragsabschlüssen in gleichem Maße, wie dies bei dem weiter oben herangezogenen Beispiel „der Miete auf unbestimmte Zeit" der Fall ist.

Die bisherigen Ausführungen könnten nun den Anschein erwecken, die Elektrizitätslieferungsverträge seien immer als Wiederkehrschuldverhältnisse anzusprechen. Dies ist jedoch keineswegs richtig, denn auch sie können Sukzessivlieferungsverträge sein und sind es häufig. Die Möglichkeit dessen ist weiter oben schon einmal kurz gestreift worden; sie wird von Jaeger[1]) ausdrücklich anerkannt, und dies steht auch nicht im Widerspruch zu dem bisher Gesagten. Der Elektrizitätslieferungsvertrag tritt sowohl in Gestalt eines Wiederkehrschuldverhältnisses als auch eines Sukzessivlieferungsvertrages auf, und zwar ist — was an dieser Stelle nochmals hervorgehoben werden muß — die Unterscheidung, welche Vertragsart vorliegt, daraus ersichtlich, ob bei Vertragsabschluß die Dauer der Lieferung und damit deren Gegenstand in ihrem Umfange bestimmt bezw. bestimmbar sind — dann handelt es sich um einen Sukzessivlieferungsvertrag — oder ob beides unbestimmt ist — dann liegt ein Wiederkehrschuldverhältnis vor — d. h. mit anderen Worten, ob die Verbindlichkeiten auf Leistung und Gegenleistung ein für allemal einem einheitlichen Vertrage oder aber mehreren sich ablösenden Verträgen entspringen. Wann dies oder jenes vorliegt, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden.

Zusammenfassend kommt man also zu dem Ergebnis, daß die gegen das Wiederkehrschuldverhältnis vorgebrachten Gründe nicht stichhaltig sind. Zugleich ist aber auch festgestellt, daß im Rahmen der Dauerlieferungsgeschäfte neben dem Sukzessivlieferungsvertrag, der ein untrennbares Ganzes bildet, gleichberechtigt das Wiederkehrschuldverhältnis steht, „ein Schuldverhältnis, bei dem die Verbindlichkeiten aus den einzelnen aufeinander folgenden, zugleich aber auf einem entweder ein- oder beiderseitig verpflichtenden Grund- bezw. Vorvertrage beruhenden Verträgen abschnittsweise immer wieder neu entstehen, sei es auch infolge einer nur stillschweigenden Wiederholung des Vertragsabschlusses".[2])

III. Die innere Gestaltung des Wiederkehrschuldverhältnisses.

Im bisherigen Teil der Arbeit wurde das Wiederkehrschuldverhältnis meist im Rahmen eines Elektrizitätslieferungsvertrages be-

---

[1]) Vgl. Jaeger in Leipz. Zeitschr. 1912 Sp. 294 ff.

[2]) Vgl. Bescheid des ersten verwaltungsrechtlichen Senates der Regierung von Oberbayern in Leipz. Zeitschr. 1914 Sp. 164 ff.; Witthoff in DJZ. 1903 S. 149; LG. Berlin III in JW. 1928 S. 78. Hierzu steht die von Fr. Leonhard S. 83/84 geäußerte Ansicht nicht im Widerspruch, da es sich hier um wiederkehrende Einzelverträge, nicht aber um Teilleistungen eines einziges Vertrages handelt.

handelt, für den nur kurz erwähnten Gas- oder Wasserlieferungsvertrag gilt aber wegen der gleichen Natur all' dieser Verträge unumwunden das bisher Gesagte. Auf diese sogenannten Zuleitungsverträge ist jedoch das Vorkommen des Wiederkehrschuldverhältnisses nicht beschränkt. Wie schon aus dem weiter oben angestellten Vergleiche des Elektrizitätslieferungsvertrages mit einem Mietvertrage auf unbestimmte Zeit zu schließen ist, findet man das Wiederkehrschuldverhältnis bei allen Verträgen auf Gebrauchsüberlassung wieder. Ebenso treten alle anderen Lieferungsgeschäfte und auch die Arbeitsverträge als Wiederkehrschuldverhältnisse auf. Bei ihnen allen muß aber immer ein Grund- oder Vorvertrag gegeben sein, der die Einzelverträge zusammenfaßt, da es sich sonst nicht um Wiederkehrschuldverhältnisse, sondern um mehrere gleichartige Einzelverträge handeln würde, die ohne jeglichen Zusammenhang nebeneinander stehen. Dieser Zusammenhang ist bei dem Wiederkehrschuldverhältnis durch den Vor- bezw. den Grundvertrag geschaffen, je nachdem ob bei Vertragsabschluß ein Erfüllungszwang für jeweils einen Einzelvertrag beiden Parteien zusteht oder nur einer.

Es wäre ein müßiges Beginnen, wenn man alle die einzelnen Verträge aufzählen wollte, bei denen ein Wiederkehrschuldverhältnis vorliegt. Es seien darum hier nur einige Beispiele aus dem täglichen Leben genannt: die Miete und gleicherweise die Pacht und Leihe auf unbestimmte Zeit, die Verträge auf Lieferung z. B. von Milch oder Brötchen ins Haus des Kunden und auf dem Gebiete der Arbeitsverträge, z. B. die Tagelohnarbeit und die Wäschereinigung für ein Hotel[1].)

IIIa. Die Abgrenzung der Einzelverträge allgemein bei dem Wiederkehrschuldverhältnis.

Der äußere Rahmen, das ganze Schuldverhältnis mit seiner ständigen Wiedererneuerung ist bei all' diesen Verträgen gleich, es fragt sich jetzt nur, welcher Art die innere Gestaltung des Wiederkehrschuldverhältnisses ist, d. h. in welcher Weise die sich wiederholenden Einzelverträge zu bemessen sind, da diese doch bei den vielen Arten, in denen das Wiederkehrschuldverhältnis auftritt, verschieden sein müssen. Jaeger[2]) hat bezüglich der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserlieferungsverträge seine Ansicht dahin geäußert, der Einzelvertrag laufe von Ablesung zu Ablesung, dagegen wollen Zencke und Caesar[3]) den Einzelvertrag in dem jeweiligen Strombezuge, d. h. in dem Bezuge vom Einschalten bis zum Ausschalten erblicken. Diese Erörterungen haben sich bisher nur auf dem Gebiete der Zuleitungsverträge bewegt, da das Wiederkehrschuldverhältnis jedoch — wie dargelegt — auch anderweit auftritt, so müssen auch diese Fälle bei der Erörterung über die Dauer des Einzelvertrages Berücksichtigung finden. Allgemein kann dazu gesagt werden, daß die Berechnung sich in erster Linie nach dem im Grundvertrag ausgedrückten Willen der Parteien richten muß. Ergibt sich aus dem Grundvertrag, daß die Parteien auf eine einheit-

---

1) Vgl. Jaeger in Leipz. Zeitschr. 1912 Sp. 294 ff.; Th. Wolff, Komm. § 17 Anm. 8; Neff in Leipz. Zeitschr. 1927 Heft 17/18 Sp. 1096.
2) Jaeger in Leipz. Zeitschr. 1912 Sp. 294 ff.
3) Zencke in JDR. Nr. 7 S. 259 Nr. 9; Caesar in Holdh. Monatsschr. 1910 Bd. 19 S. 34 ff.; vgl. auch die hier Seite 26 ff. behandelte Ansicht Niessens.

liche Leistung für jedesmal einen Tag, eine Woche oder einen Monat Gewicht legen, so ist die Dauer des Einzelvertrages als dementsprechend lang anzusehen, d. h. jeweils nach Ablauf der Frist beginnt mangels Beendigung des ganzen Vertragsverhältnisses ein neuer Vertrag. Diese Regel trifft insbesondere auf die Mietverträge für unbestimmte Zeit zu. Es ist aber nicht unbedingt erforderlich, daß wie hier die Zeitspannen „Woche" oder „Monat" ausdrücklich erwähnt werden, aus dem Zwecke einzelner Bestimmungen im Vertrage zusammen mit der beabsichtigten Befriedigung des wirtschaftlichen Bedürfnisses läßt sich der Wille der Parteien feststellen. Besteht z. B. ein Mietvertrag mit der Kündigungsvereinbarung, „kündbar mit einer Frist von 14 Tagen jeweils zum ersten eines Monats", so ergibt sich hieraus, daß mit Beginn eines jeden Monats mangels einer Kündigung ein weiterer Vertrag für einen Monat als abgeschlossen gelten soll. Verpflichtet sich eine Bauersfrau, einem Eiergeschäft jedesmal bis zum Donnerstag 200 Eier zu liefern, so läuft der Vertrag von Woche zu Woche.

Es kommt also darauf an, an welcher einheitlichen Leistung die Parteien Interesse haben. Der einzelne Hauptvertrag zielt auf eine Befriedigung des jeweiligen Bedarfsfalles ab, nicht aber wie beim Sukzessivlieferungsvertrag z. B. auf eine Befriedigung des Bedarfes für eine Anzahl von zehn Jahren. Holt und bezahlt eine Hausfrau täglich zehn Brötchen bei einem Bäcker, ohne daß ein Vor- und Grundvertrag besteht, so ist jeder Kaufvertrag in sich abgeschlossen und zwischen den Verträgen ist kein Zusammenhang vorhanden. Ist nun ein Vorvertrag gegeben, auf Grund dessen der Bäcker täglich die Brötchen ins Haus liefert, so bleibt die Sachlage rechtlich auch dann dieselbe, wenn die Hausfrau wöchentlich bezahlt. Wie beim Sukzessivlieferungsvertrag so übt auch hier die Zahlungsweise keine Wirkung auf die Art des Vertragsverhältnisses aus, denn hier ist die wöchentliche Bezahlung des Kaufpreises nur eine Zahlungsvereinfachung.[1]) Der Unterschied zwischen den beiden angeführten Verträgen besteht — soweit es hier darauf ankommt — lediglich in der einmal fehlenden, dann aber vorhandenen Lieferungs- bezw. Abnahmepflicht, die sich aus dem Vorvertrag ergibt. Das Interesse der Parteien geht im ersten wie im zweiten Beispiel stillschweigend nur darauf hinaus, dem täglichen Bedarfe soweit vereinbart gerecht zu werden, und die beiderseitige Verpflichtung aus dem Vorvertrag sorgt dabei für einen sich regelmäßig wiederholenden Vertragsabschluß, weil sonst jedesmal ein neues Vertragsangebot gemacht werden müßte. Weder der Bäcker noch die Hausfrau haben sich etwa dazu verpflichtet, für eine ganze Woche täglich die Ware zu liefern bezw. zu empfangen, sondern immer nur für den nächsten Tag, bis einmal eine Kündigung das Lieferungsverhältnis unterbricht.

Die innerhalb des Wiederkehrschuldverhältnisses sich erneuernden Verträge laufen also immer so lange, bis beim einzelnen Bedarfsfalle eine Befriedigung eingetreten ist, genau so, wie wenn überhaupt nur einmal ein solcher Bedarf bestände und befriedigt würde. Was im Einzelfall „Bedarf" ist und wie weit dessen Grenzen zu ziehen sind, muß, wenn sich hierüber aus den Vereinbarungen der Parteien nichts entnehmen läßt, nach Treu und Glauben aus der Verkehrssitte geschlossen werden, da bei der Verschiedenheit der Vertragsarten, in denen das Wiederkehrschuldverhältnis auftritt, eine feststehende Regel nicht geschaffen werden kann, insbesondere weil bei einem Teile (z. B.

---

[1]) Vgl. auch § 565 BGB., aus dem sich ergibt, daß die Kündigungsfrist sich nicht danach richtet, wie der Mietzins gezahlt, sondern wie er bemessen ist.

Miete und Tagelohnarbeit)[1]) sich die „Befriedigung" notwendig in der Dauer vollzieht, in anderen Fällen (z. B. Brötchenlieferung) aber in ganz kurzer Zeit erledigt ist.

II b.

Die Abgrenzung der Einzelverträge bei den Zuleitungsverträgen.

In der Zahl der Wiederkehrschuldverhältnisse nehmen hierbei die sogenannten Zuleitungsverträge eine Sonderstellung ein. Während in allen anderen Fällen des Wiederkehrschuldverhältnisses die Parteien vor und bei der Vertragserfüllung genau wissen, in welcher Menge der Vertragsgegenstand bei einer Wiederholung des Vertragsabschlusses erfüllt werden wird, läßt sich die Menge bei den Zuleitungsverträgen, wie sie regelmäßig abgeschlossen zu werden pflegen, erst nachträglich feststellen. Auszunehmen sind dabei die Fälle des Gasautomaten und diejenigen Verträge, in denen sich der Bezieher zu einer Abnahme einer bestimmten Menge innerhalb einer gewissen Zeitspanne verpflichtet hat, weil bei ihnen entweder durch den Einwurf der Marke und die Einstellung des Automaten oder den Vertrag selbst die Menge des zu liefernden Gegenstandes von vornherein bekannt ist. Bei ihnen findet die Vertragserneuerung mit Einwurf einer weiteren Marke bezw. nach Ablauf der vertraglichen Frist statt. Bei den anderen Zuleitungsverträgen wird die Menge aber erst durch den „Verbrauch" des Abnehmers bestimmt, und zwar ist dies der Fall, mag man nun der Ansicht Zenckes (sowie Caesars) folgen, die in dem Bezuge vom Einbis zum Ausschalten einen selbständigen Kaufvertrag erblickt, oder der Meinung Jaegers, der Vertrag liefe von Ablesung zu Ablesung, bezw. jeweils von und bis zu dem Tage, auf den eine Kündigung hätte erfolgen können. Beidemal steht zu Beginn des Strombezuges, d. h. also dem „Vertragsabschluß" nicht fest, wieviel Strom gebraucht werden wird. Bei der Ansicht Zenckes kann der Bezug nur wenige Minuten, aber auch mehrere Stunden dauern, bei der Jaegers kann nur während dreier Tage aber auch während des ganzen Monats — wenn dies wie üblich die Zeitspanne zwischen den Ablesungen ist — Strom bezogen werden, und nicht einmal der Verbraucher kann unter Umständen wissen, welche Menge er benötigen wird. Es kann sich bei diesen Verträgen also nur um eine Menge handeln, die nach den gerade vorliegenden besonderen Umständen des Einzelfalles, z. B. Anzahl der in der Wohnung vorhandenen elektrischen Geräte, Jahreszeit, ob Sommer oder Winter, usw. im Vergleich zu ähnlichen Verhältnissen anderer Stromabnehmer eine „bestimmbare" ist. Soll diese dem jeweiligen Vertrage zu Grunde gelegt werden, so muß aber auch der Zeitraum feststehen, innerhalb dessen die Lieferung vor sich gehen soll. Welches ist nun diese „Lieferungszeit"?

Hierum dreht sich der Streit der Ansichten von Jaeger und Zencke (zugleich für Caesar). Jaeger hat ausdrücklich[2]) neben der Berechnung mittels Ablesung auch eine solche für möglich erachtet, die sich nach der Kündigungszeit richtet, er läßt aber die Frage, was nun maßgebend sein soll, offen; Zencke hingegen berücksichtigt eine eventuell vor-

---

1) Es würde dem Normalempfinden widersprechen, wenn z. B. ein Tagelöhner für jedes Wegfahren eines Wagens mit Schutt eine Quittung für die jedesmal geleistete Arbeit verlangen könnte (vgl. Gierke a. a. O. S. 366); hier geht der Bedarf vielmehr auf die Summe von Arbeitsvorgängen, die an dem einen Tage verrichtet werden.

2) Jaeger a. a. O.

handene Kündigungsvereinbarung überhaupt nicht und sieht immer in jeder Stromentnahme einen Einzelvertrag. Dazu ist zu sagen, daß in erster Linie der Wille der Parteien bei der Berechnung ins Auge gefaßt werden muß, und wenn aus dem ganzen Inhalt des Vertrages zu ersehen ist, daß die Parteien an einer Abgrenzung der Einzelverträge mittels einer Kündigungsfestsetzung oder durch andere Anordnung interessiert sind, so sind die Leistungen von und bis zu den Tagen, auf die eine Kündigung erfolgen konnte und noch kann, als einem „einheitlichen", in sich fest umgrenzten Einzelverträge entsprungen anzusehen.

Nicht immer hat die Kündigungsvereinbarung aber diese Bedeutung; es fragt sich, wie dann die Berechnung der Lieferzeit vorzunehmen ist. Es ist eine wesentliche Eigenschaft der meisten Verträge, daß einer Leistung eine Gegenleistung gegenübersteht, und zwar so, daß z. B. ein Verkäufer, der seiner vertraglichen Lieferpflicht vollständig nachgekommen ist, einen bestimmten Kaufpreis von dem Käufer fordern kann. Waren mehrere gleichartige Verträge geschlossen und hat er sie alle erfüllt, so kann er einen beliebigen herausgreifen und die dem entsprechende Forderung an seinen Schuldner stellen, denn er und sein Gegner wissen ja, daß damals diese Menge geliefert worden ist und daß für sie dieser Preis zu zahlen ist. War z. B. bei einem Sukzessivlieferungsvertrag auf Lieferung von Kohlen die Menge zunächst nur „nach dem Bedarf des Abnehmers bestimmbar", so wissen doch beide Teile bei der Erfüllung der einzelnen Raten, besonders aber am Ende des Vertrages, was geliefert worden ist, und können daraus den Kaufpreis errechnen. Betrachtet man nun von diesem Gesichtspunkte aus die Zuleitungsverträge — soweit sie hier als Wiederkehrschuldverhältnisse interessieren — so gelangt man zu dem Ergebnis, daß der von Zencke vorgenommenen Berechnung der einzelnen Kaufverträge nach den tatsächlichen Verhältnissen nicht zugestimmt werden kann. Zur näheren Darlegung der hier vertretenen Ansicht gehe man wieder von einem praktischen Falle aus:

> „A. sitzt am 1. August in seinem Herrenzimmer und hat seine Tischlampe brennen; bei irgendwelcher Gelegenheit geht er einmal in sein Wohnzimmer und schaltet auch dort eine Lampe, aber nur für kurze Zeit ein; dann brennt er nur in einem anderen Zimmer elektrisches Licht, bis später jeglicher Bezug aufhört."

Nach der Ansicht Zenckes läge also zunächst einmal ein Kaufvertrag hinsichtlich des Verbrauches im Herrenzimmer vor, dem mehrere andere folgen. Ob der Vertrag hinsichtlich des Verbrauches im Wohnzimmer als Zusatz- oder ganz selbständiger Vertrag angesehen werden soll, darüber haben sich Zencke und Caesar nicht auslassen. (Die Annahme eines Zusatzvertrages liegt wohl näher, da doch alle Elektrizität durch einen Zähler fließt, ohne daß der von dieser oder jener Lampe verbrauchte Strom für sich allein in Erscheinung tritt.) Ganz abgesehen von einem Zusatzvertrag lägen nach der von Zencke vertretenen Meinung zwei vollständig getrennte Verträge vor, da die Stromentnahme ja einmal gänzlich unterbrochen war. Bei Ende jedes dieser Verträge war die Menge des gelieferten Stromes durch das Weiterrücken des Zeigers auf dem Elektrizitätsmesser bestimmt, die Parteien kennen aber die beiden Mengen nicht, sondern können höchstens mittels einer Ablesung die Summe der Mengen erfahren. Den Preis, der dieser Summe entspricht, könnte das Werk von A. fordern, nicht aber den Preis aus einem der beiden Kaufverträge. Dies wäre nur möglich, wenn nach jeder Stromentnahme deren Umfang von wenigstens einer der beiden Vertragsparteien festgestellt

würde; dies ist aber niemals der Fall. Das heißt mit anderen Worten, ist die Lehre Zenckes richtig, so schließen die Parteien Kaufverträge ab und erfüllen sie auch von einer Seite, ohne daß sie wissen, welche Menge geliefert wird und welcher Kaufpreis dafür zu zahlen ist. Solange sie hiervon keine Kenntnis haben, kann das Werk auch nicht den „vereinbarten" Kaufpreis (§ 433 BGB.) von dem Abnehmer fordern, denn es fehlt die zur Vollständigkeit des Vertrages erforderliche Höhe der Gegenleistung. Wenn auch ein Berechnungsfaktor gegeben ist, der darüber Aufschluß gibt, in welcher Weise der Kaufpreis zu errechnen ist, so ist damit der Kaufpreis selbst noch nicht bestimmt. Es kann aber auch nicht angenommen werden, der Elektrizitätszähler würde die persönliche Kenntnis der Parteien von der gelieferten Menge ersetzen; einem Automaten kann eine solche Funktion zugesprochen werden, nicht aber einem Elektrizitätszähler, denn dessen Aufgabe besteht lediglich in der Aufzeichnung der Strommenge, die dem Verbraucher zugeflossen ist. Bei dem Automaten wissen die Parteien, daß nach Einwurf einer Marke, was nichts anderes als die Zahlung eines bestimmten Kaufpreises bedeutet, eine bestimmte Menge des Vertragsgegenstandes geliefert wird, Leistung und Gegenleistung stehen also fest. Der Zähler hingegen zeigt nur an, daß diese oder jene Menge durch ihn geflossen ist. Beide Parteien können bei ihm nur durch eine Ablesung feststellen, in welchem Umfang eine Lieferung stattgefunden hat, und erst jetzt, nachdem die Leistung bekannt ist, kann die Gegenleistung errechnet werden. Es ist eine Eigentümlichkeit der Zuleitungsverträge, daß bei ihnen zu Beginn des Einzelvertrages — mag man der Ansicht Zenckes oder Jaegers folgen — Leistung und Gegenleistung nicht bestimmt sind und der Wille der Parteien nur dahin geht, daß die vom Abnehmer demnächst bezogene Menge nach einem bestimmten Einheitssatz berechnet werden soll. Dieser Eigentümlichkeit darf aber nicht eine solche hinzugefügt werden, die Parteien würden Verträge abschließen und einerseits erfüllen, ohne zu wissen, welches der wesentlichste Inhalt derselben, nämlich der Umfang von Leistung und Gegenleistung, ist; Verträge, von denen außerdem jeder für sich getrennt den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, z. B. über Anfechtung, Rücktritt, Schadensersatz usw., unterliegen müßte, was unhaltbare Zustände mit sich bringen würde. Folgt man dagegen der Ansicht Jaegers, so fallen diese Mißstände weg, denn hier ist den Parteien wenigstens am Ende des Einzelvertrages bekannt, welche Leistungen auf Grund des Vertrages einander entsprechen. Nach der Ansicht Zenckes gäbe es auch eine Unsumme von Einzelverträgen, denn man braucht nur einmal an einem Winterabend zu beobachten, wie oft bald in diesem, bald in jenem Zimmer elektrisches Licht ein- und ausgeschaltet wird; eine derartige Anzahl von Verträgen abzuschließen, kann niemals im Sinne der Parteien liegen.

Für diese Fälle des Wiederkehrschuldverhältnisses kommt man also zu dem Ergebnis, daß sich bei ihnen die Einzelverträge jeweils von Ablesung zu Ablesung erstrecken und sie sich zu diesen Zeitpunkten erneuern, und zwar sind es einzelne „Sukzessivlieferungsverträge", da die Erfüllung nicht einheitlich erfolgt, sondern immer mit Unterbrechungen.[1])

---

1) Vgl. Jaeger in Leipz. Zeitschr. 1912 Sp. 294 ff.; LG. Berlin III in JW. 1928 Sp. 78.

SCHLUSS

Hiermit sind alle Streitfragen, soweit sie bisher über das Wiederkehrschuldverhältnis aufgetaucht sind, geklärt; es kann jetzt nur noch die Rede davon sein, wie sich das Wiederkehrschuldverhältnis gegenüber den gesetzlich gegebenen Einwirkungen auf Verträge und den Folgen einer Vertragsverletzung verhält. Dabei muß man die Einzelverträge von dem Vor- bezw. dem Grundvertrag unterscheiden. Regelmäßig, z. B. in den Fällen der Kündigung, des Konkurses, des Rücktritts, der Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung usw., handelt es sich um Einflüsse, oder Folgen, die den Vor- oder Grundvertrag betreffen, denn hier geht es nicht um Auswirkungen eines Einzelvertrages, sondern um das gesamte Vertragsverhältnis. Eine Schadensersatzforderung wegen Schlechterfüllung z. B. richtet sich aber gegen den Einzelvertrag. Wann dies oder jenes der Fall ist, das auszuführen überschritte die Aufgabe dieser Abhandlung. Es muß nur gesagt werden, daß die Einzelverträge genau so zu behandeln sind, wie wenn überhaupt nur ein einziger Vertrag vorläge, also gänzlich ohne Rücksicht auf vorangegangene oder noch folgende Verträge. Ein Angriff auf den Vor- oder Grundvertrag dagegen übt seine Einflüsse auf das ganze Vertragsverhältnis aus, und es sei nur besonders hervorgehoben, daß sich auch aus ihm Schadensersatzansprüche ergeben können, ohne daß dazu ein Zustandekommen von Hauptverträgen vorauszusetzen ist.[1])

Eine genauere Betrachtung erheischen aber die Verhältnisse, die sich im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen einer der Parteien ergeben, und zwar hinsichtlich derjenigen Wiederkehrschuldverhältnisse, bei denen eine Partei ein Monopol oder eine monopolartige Stellung besitzt, also die Frage des Kontrahierungszwanges wieder eine Rolle spielt. Allgemein ist für die gesamte Zahl der Wiederkehrschuldverhältnisse zu sagen, daß bei ihnen der Konkursverwalter sein Wahlrecht aus §§ 17 ff. KO. mit mittelbarer oder unmittelbarer Wirkung auf den Vor- oder Grundvertrag ausübt, indem er entweder z. B. durch Kündigung des laufenden Miet- oder Dienstvertrages das ganze Vertragsverhältnis zu Ende gehen läßt bezw. durch das Nichtkündigen in den Vor- oder Grundvertrag eintritt, oder indem er ihn auf sich beruhen läßt bezw. auf seiner Grundlage weitere Leistungen der Gegenseite verlangt.

In den Fällen aber, in denen dem Konkursverwalter ein Monopolinhaber gegenübersteht, ist er — wie zu Beginn der Abhandlung näher ausgeführt — meist gezwungen, noch weitere Leistungen von dem Vertragsgegner fordern zu müssen. Auch hier wird unter Umständen letzterer versuchen, den Verwalter zu einer Anerkennung der Rückstände als Massenschulden zu zwingen, indem z. B. das Elektrizitätswerk mit einer Lieferungseinstellung droht. Bei dem Vorliegen eines Wiederkehrschuldverhältnisses greift aber ein sich aus der Stellung des Werkes ergebender Kontrahierungszwang immer durch, denn hier stehen die Gründe, die bei dem Sukzessivlieferungsvertrag vorgebracht worden sind, einer solchen Annahme nicht entgegen. Es liegt nämlich keine Umgehung des § 17 KO. vor, und es kann auch

---

[1]) Vgl. RG. in Recht 1908 Nr. 2918 S. 514; auch RG. in Sächs. Arch. 1912 S. 245 ff. und die dort angeführten Entscheidungen.

dem Werke zugemutet werden, das ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsangebot des Konkursverwalters anzunehmen.

In § 17 KO. ist gesagt, daß der Konkursverwalter in einen nicht oder nicht vollständig erfüllten „zweiseitigen Vertrag" des Gemeinschuldners eintreten könne. Wenn er nun bei einem als Wiederkehrschuldverhältnis anzusprechenden Elekriztiätslieferungsvertrag weitere Lieferung verlangt, so muß zunächst geprüft werden, ob er damit in einen „zweiseitigen" Vertrag eintritt. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden (zum Beispiel):

„In dem zwischen dem Gemeinschuldner A. und dem Werke geschlossenen Vor- oder Grundvertrage ist eine Vereinbarung dahin getroffen, daß die Ablesungen jeweils am letzten Tage eines Monats zu erfolgen haben. Mit dem ersten Strombezuge im nächsten Monat beginnt also ein neuer Vertrag und nun wird

Fall I: am 31. Januar über das Vermögen des Gemeinschuldners das Konkursverfahren eröffnet und der Verwalter bezieht nunmehr Strom, — mit A. ist also noch k e i n neuer Vertrag abgeschlossen —

und im Fall II fallen Konkurseröffnung und erster Strombezug des Verwalters auf den 15. Januar, — der Gemeinschuldner hatte also durch die Stromentnahme seit dem Monatsanfang wieder e i n e n n e u e n Vertrag abgeschlossen, der von keiner Seite vollständig erfüllt ist.

Das Verlangen der weiteren Stromlieferung durch den Verwalter ist in beiden Fällen von ganz verschiedener Bedeutung. Immer sind die Gegenleistungen für die vor dem Monat, in welchem die Konkurseröffnung und der erste Strombezug stattfand, erfolgten Lieferungen bloße Konkursforderungen. Die Verträge sind jeweils mit Monatsende wenigstens von der Seite des Elektrizitätswerkes gänzlich erfüllt und unterliegen damit nicht mehr dem Willen des Konkursverwalters.[1] Für die einzelnen hier gebildeten Fälle ist im besonderen aber zu sagen:

Lag im Beispiel I ein G r u n d v e r t r a g vor, war der Gemeinschuldner also nicht zur Stromentnahme verpflichtet, so ist das Verlangen des Verwalters als ein Eintritt in den e i n s e i t i g d a s E l e k t r i z i t ä t s w e r k verpflichtenden Grundvertrag anzusehen, denn ein „zweiseitiger" Vertrag, in den er eintreten könnte, ist ja nicht gegeben. Es handelt sich dabei also nicht um einen Vertrag im Sinne des § 17 KO. Das Verlangen des Verwalters könnte allerdings auch als ein Antrag auf Abschluß eines vollständig neuen Grundvertrages angesehen werden, den das Elektrizitätswerk durch die Erfüllung annimmt. Diese Ansicht ist aber nicht zu billigen, da das Werk diese Erfüllung doch nur mit Rücksicht auf den bestehenden Grundvertrag mit dem Gemeinschuldner vornimmt. Wegen eines neuen Grundvertrages müßte es erst zu besonderen Verhandlungen kommen, was aber regelmäßig nicht der Fall ist.

Bestand jedoch im Beispiel I ein V o r v e r t r a g, war der Gemeinschuldner etwa zu einer monatlichen Mindestabnahme verpflichtet, so ist in dem Verlangen des Konkursverwalters nicht nur ein Antrag auf Eintritt in den Vorvertrag allein zu erblicken, sondern zugleich auch das Verlangen auf Lieferung aus einem bisher noch „nicht erfüllten" Vertrag (und zwar vom 1. bis 28. Februar). Alle bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung erfolgten Lieferungen sind beendet, ein Eintritt des Verwalters in die entsprechenden zweiseitigen Verträge ist nicht mehr möglich. Dadurch aber, daß der Gemeinschuldner an dem

---

1) Vgl. Th. Wolff § 17 Anm. 8.

Termine, an dem eine Kündigung zum 31. Januar hätte erfolgen können, nicht gekündigt hat, ist vom 1. Februar ab ein neuer Vertrag zustande gekommen, und dieser ist durch die Verpflichtung des A. auch ein „zweiseitiger" im Sinne des § 17 KO. und mangels eines Bezuges durch A. noch ein „nicht erfüllter". Verlangt nun der Verwalter weitere Lieferung, so tritt er damit in diesen Vertrag ein, zugleich aber auch in das gesamte Lieferungsverhältnis, es sei denn, daß er nur Lieferung für den einen Monat und keine Wiedererneuerung im nächsten Monat begehrt. Praktisch kommt das auf dasselbe heraus, denn hier erhält das Elektrizitätswerk auch nicht mehr, als wenn A. nicht durch einen Vorvertrag zum Bezug verpflichtet gewesen wäre. Rechtlich aber tritt der Konkursverwalter nicht bezw. nicht nur in das allgemeine Lieferungsverhältnis, sondern in einen vom Gemeinschuldner geschlossenen, noch nicht erfüllten zweiseitigen Vertrag ein, genau so als wenn nur dieser eine Vertrag vorhanden wäre, und nur dann, wenn der Konkursverwalter über den einen Vertrag hinaus den Abschluß von noch mehreren Verträgen beabsichtigt, ist auch ein Eintritt in das ganze Lieferungsverhältnis als gegeben anzusehen. Ein Unterschied ergabe sich aber z. B. dann, wenn der Konkursverwalter keinen weiteren Strom beziehen würde, denn, wenn ein Vorvertrag bestand, A. also zum Bezuge verpflichtet war, so kann das Elektrizitätswerk gemäß § 26 KO. außer den Rückständen noch eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen, was beim Vorliegen eines Grundvertrages nicht möglich wäre

Liegt nun der Zeitpunkt der Konkurseröffnung und des ersten Strombezuges durch den Verwalter wie im Falle II in der Mitte des Monats, sodaß also von dem Gemeinschuldner schon durch die Stromentnahme wieder ein neuer Vertrag ins Laufen gebracht worden ist, so stellt der Bezug des Verwalters den Eintritt in einen „nicht vollständig erfüllten" zweiseitigen Vertrag dar, denn wenn auch der Gemeinschuldner nicht durch einen Vorvertrag zur Entnahme verpflichtet war, so hat er sich doch durch die von ihm vorgenommene Stromentnahme zum Verpflichteten des auf dem Boden des Grundvertrages erwachsenen Einzelvertrages der laufenden Ablesungsperiode gemacht. Die Stromgelder, die den Lieferungen bis zum 31. Dezember des vorangegangenen Jahres entsprechen, sind hier ebenfalls nur als Konkursforderungen anmeldbar. Der Preis des vom 1. bis zum 15. Januar vom Gemeinschuldner empfangenen Stromes ist aber als Masseschuld zu begleichen, denn er ist durch den Eintritt des Verwalters in den sich vom 1. bis zum 31. Januar erstreckenden Vertrag mitergriffen worden (§ 59 Ziffer 2 KO).[1]) Ob dabei der Konkursverwalter nur in den gerade laufenden Vertrag oder zugleich auch in den Vor- oder Grundvertrag eingetreten ist, hängt hier ebenfalls von der Dauer seines Bezuges ab.

In allen diesen Fällen kann das Elektrizitätswerk aber den Eintritt in den laufenden Vertrag bezw. das ganze Vertragsverhältnis nicht von einer Anerkennung der auf die vergangenen Monate entfallenden Zahlungsrückstände als Masseschulden abhängig machen, da alle vorangegangenen Verträge von einer Seite vollständig erfüllt sind, insofern ein „Erfüllungsverlangen" (§ 17 KO.) des Konkursverwalters also garnicht gegeben ist. Eine Umgehung der sich aus den §§ 17, 59 Ziffer 2 KO. ergebenden Verpflichtungen des Konkursverwalters — wie sie bei dem Sukzessivlieferungsvertrag vorlag, — kommt hier nicht in Frage, da außer dem in dem einen Fall gerade bestehenden zweiseitigen Vertrag (innerhalb einer Lieferungsperiode) keine vertrag-

---

[1]) Vgl. Jaeger in Leipz. Zeitschr. 1912 Sp. 294 ff.

lichen Beziehungen bestehen, auf die das Elektrizitätswerk den Konkursverwalter verweisen könnte. Auch ein Verzicht auf eine Vorrechtsstellung wird dem Werke hier nicht „zugemutet"; hinsichtlich der vor dem 1. Januar liegenden Verträge greift die Bestimmung des § 59 Ziffer 2 KO. nicht mehr Platz, da sie ja vollständig erfüllt sind. Es ist also nichts vorhanden, auf das das Elektrizitätswerk „verzichten" müßte. Dieses ist daher nach Treu und Glauben infolge seiner tatsächlichen oder rechtlichen Monopolstellung verpflichtet, auf das Vertragsbegehren des Konkursverwalters einzugehen.[1]) In diesem Ergebnis liegt auch keine solche Härte für das Werk, wie es vielleicht auf den ersten Blick erscheint. Tritt der Verwalter während einer Lieferungsperiode ein, so wird das Entgelt für die innerhalb derselben bereits gelieferten Strommengen zur Masseschuld, was sich bei der Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages nebst Kontrahierungszwang nicht ergäbe, und außerdem werden die Rückstände dem Elektrizitätswerk dann immer zu Masseschulden, wenn der Konkursverwalter in einen tatsächlich gegebenen Sukzessivlieferungsvertrag eintritt, da sodann dem Werke — wie oben ausgeführt — nicht mit dem Kontrahierungszwang gegenübergetreten werden kann. Zwar ist es richtig, daß die Ansprüche des Monopolinhabers mit Ausnahme der Rückstände aus der zur Zeit der Konkurseröffnung laufenden Lieferungsperiode bei dem Wiederkehrschuldverhältnis niemals als Masseschulden beglichen werden, das ist aber nichts anderes als ein billiges Gegenstück zu der Monopolstellung des Werkes. Während der Konkursverwalter bei allen anderen Lieferungsverhältnissen sich einen ganz neuen Lieferanten aussuchen kann, muß er hier bei dem alten Lieferanten verbleiben, und dieser muß sich darum gewissermaßen die Stellung eines neuen Lieferanten gefallen lassen, der die sich aus dem Bezuge des Konkursverwalters ergebenden Lieferpreise als Masseschulden bezahlt bekommt (§ 59 Ziffer 1 KO.)

---

[1]) Vgl. Staub Anhang zu § 382 Anm. 82a; RGZ. 20, 117; 62, 266; 79 229; 81, 320; 102, 377; 103, 83; OLG. (Dresden) 37, 36; OLG. Frankfurt in JW. 1920 S. 449 ff.

LEBENSLAUF

Am 20. Oktober 1903 wurde ich als Sohn des Landesbankdirektors Wilhelm Lenz zu Wiesbaden geboren. Seit dem Frühjahr 1910 besuchte ich die Vorschule des Reform-Real-Gymnasiums und sodann das Humanistische Gymnasium zu Wiesbaden. Letzteres verließ ich im Frühjahr 1923 nach bestandenem Abiturientenexamen. Vom Sommersemester 1923 bis einschließlich Wintersemester 1924/25 studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität zu Marburg a. d. Lahn und anschließend an der Universität zu Frankfurt am Main. Im Oktober 1927 bestand ich dort das erste juristische Staatsexamen und im Dezember 1929 an der Universität zu Marburg a. d. Lahn die juristische Doktorprüfung.